

**MUZAKARAH
CENDEKIAWAN
SYARIAH
NUSANTARA**

**5
2011**

Phuket Graceland Resort and Spa, Thailand
14 - 15 September 2011 | 15 - 16 Syawal 1432H

**EKUITI SEBAGAI ASAS PEMBIAYAAN :
PELUANG & CABARAN**

Kertas Kerja 2:

**MUSHARAKAH : ISU JAMINAN
PERLINDUNGAN MODAL DAN
PENGUKUHAN KREDIT**

Dr. Aznan Hassan

Ahli, Majlis Penasihat Syariah (SAC), Bank Negara Malaysia

Dr. Zaharuddin Abdul Rahman

Pensyarah, Universiti Islam Antarabangsa Malaysia (UIAM)

Penaung



BANK NEGARA MALAYSIA
CENTRAL BANK OF MALAYSIA

Penganjur Bersama

ISRA الأkademya العالمية للبحوث الشرعية
International Shari'ah Research Academy for Islamic Finance



Penaja

CIMB ISLAMIC

Maybank Islamic

Bank Muamalat

RHB
RHB Islamic Bank Berhad

***Mushārah* dan *Muḍārah*: Isu Jaminan Perlindungan Modal**

Bagi Pengukuhan Kredit¹

Oleh

Dr. Zaharuddin Abd Rahman & Dr. Aznan Hassan

Universiti Islam Antarabangsa Malaysia

1.0 PENDAHULUAN

Di antara perbincangan utama yang sering ditimbulkan apabila kontrak pelaburan seperti *muḍārah* dan *mushārah* ingin diperluaskan penggunaannya oleh institusi kewangan Islam adalah berkaitan isu perlindungan modal pelaburan oleh *muḍārib* dan *mushārik* atau pihak ketiga. Isu ini penting bagi memastikan prinsip pelaburan Islam yang sebenar ini mampu untuk terus berkembang dan memberikan manfaat kepada perkembangan industri, pelabur dan pengguna.

Setelah sering menjadi mangsa perbandingan tidak setara dengan produk-produk pelaburan konvensional yang memberikan jaminan keuntungan tetap dan perlindungan modal sekaligus, prinsip *muḍārah* dan *mushārah* tercabar di antara menjaga kepatuhan Shari'ah dan juga menangani permintaan pelanggan. Justeru, isu jaminan modal akan dihuraikan secara padat dan ringkas di dalam kertas ini.

Di samping itu, beberapa teknik pengukuhan kredit produk pelaburan *muḍārah* dan *mushārah* seperti *Investment Risk Reserve* (IRR), *Profit Equalization Reserve* (PER), janji beli asset pelaburan (*purchase undertaking*) juga turut disentuh. Namun disebabkan setiap isu memerlukan huraian dan data penting bagi pembentangan mencapai maksudnya, pelbagai teknik pengukuhan kredit yang lain tidak dapat disertakan di dalam kertas ini.

2.0 ERTI *DAMĀN*

Jaminan atau *ḍamān* membawa kepada beberapa erti dari sudut bahasa kepada ²:

¹ Dibentangkan di Muzakarah Cendekiawan Syariah Nusantara bertempat di Phuket, Thailand pada 14 September 2011.

- 1) *Iltizam* (الالتزام)
- 2) *Kafalah* (الكفالة)
- 3) *Taghrim* (التغريم)

Menurut istilah fuqaha pula ia membawa erti yang pelbagai, kesimpulannya :

ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول في المطالبة بنفس أو دين أو حق

Ertinya: “Memasukkan tanggungan penjamin (kafil) sebagai penanggung kepada tanggungan (asal) makfūl (individu yang yang dijamin) dalam hal tuntutan ke atas diri, hutang atau sebarang jenis hak”³

3.0 PERLINDUNGAN MODAL DALAM KONTRAK *MUSHĀRAKAH* DAN *MUḌĀRABAH*

Di antara teknik yang sering digunakan oleh kebanyakan institusi kewangan konvensional dan korporat dewasa ini untuk mendapatkan pelabur dalam produk-produk pelaburan besar yang diusahakan oleh mereka dan pelanggannya adalah dengan memberikan jaminan modal. Ia dianggap satu perkara yang penting bagi meningkatkan prospek perniagaan mereka selain memperolehi kepercayaan dan keyakinan pelabur. Teknik tersebut juga dilihat sebagai sangat efektif dan menarik, bukan sahaja kepada pelabur malah juga mampu mendapatkan penarafan tinggi (*ratings*) dari syarikat-syarikat terbabit.

Jika demikian sifat utama produk pelaburan konvensional, bagaimana pula panduan di dalam kontrak kontrak ekuiti dan pelaburan Islam, seperti *muḍārabah* dan *mushārah*?,

Menyentuh bab jaminan modal dan keuntungan ini, pelbagai resolusi persidangan cendekiawan Fiqh telah dikeluarkan, antara yang paling berpengaruh adalah seperti berikut:-

1. *Majma' al-Fiqh al-Islāmi*

Diputuskan oleh *Majma' al-Fiqh al-Islāmi* Jeddah dalam resolusi 30 (4/5) dalam persidangan kali keempat pada tahun 1988 bertempat di Jeddah,

²Lisan al-‘Arab, Ibn Manzur, jil 13, hlm 257 ; Al-Qamus al-Muhit, Muhammad Ya’qub Al-Fairuz Abadi, jil 1, hlm 1564

³ Al-Mu’amalat Al-Maliah Al-Mu’asiroh, Dr. Uthman Shabir, hlm 292; Mu’jam al-Mustalahat Al-Maliah wa al-Iqtisadiyyah Fi Lughatul Fuqaha’, Dr. Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimasq, 2008, hlm 292

يجوز أن يتبرع طرف ثالث بالضمان لرأس المال شريطة أن يكون الطرف الثالث منفصلاً في شخصيته مستقلاً في ذمته المالية عن طرفي العقد وبدون مقابل , على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة , بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه.⁴

Ertinya : “Diharuskan bagi pihak ketiga menyumbang dengan memberikan jaminan terhadap keselamatan modal dengan syarat pihak ketiga itu **berasingan entitinya, tersendiri pada tanggungan kewangannya** dari kedua-dua belah pihak yang berkontrak yang dimeterai serta **tidak pula dikenakan upah**, dan mestilah ia satu bentuk **iltizam yang terasing dari kontrak *muḍārabah***..., juga dengan makna pelaksanaan (jaminan) melalui **iltizam itu bukanlah syarat nafaz** (sempurna meterai) bagi kontrak..”

2. Fatwa Nadwah Dallah al-Barakah

Keputusan hampir sama juga diputuskan oleh Nadwah Al-Barakah dalam resolusi mereka bernombor 44, 46 dan juga 107:

أن هناك بديلاً لموضوع ضمان رأس مال المضاربة وهو أن يكون من طرف ثالث غير المضارب ورب المال , فيكون من قبيل الوعد بجائزة وهو من قبيل الهبة , فيبدي هذا الطرف استعداده لتكملة ما ينقص من رأس المال بالاستثمار

Ertinya : “Disana wujudnya alternatif bagi topik jaminan modal *muḍārabah*, iaitu ianya datang datang pihak ketiga yang bukan *muḍārib* dan *rabbul māl*...”

فإذا أمكن تحصيل ذلك من قبل البنك المركزي مثلاً أو وزارة المالية أو أي جهة مستقلة عن المضارب لا مانع من ذلك , سواء كان تأمين ذلك الطرف الثالث بجهود المضارب أو رب المال . بل حتى لو تقدم بهذا الضمان عميل لمصلحة عميل آخر . دون أن يربط هذا بعقد المضاربة تحاشياً لاشتراط عقد في عقد آخر

⁴ Qararat wa Tawsiyat Majma' Al-Fiqh Al-Islami, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah (Penyelaras), Majma' Al-Fiqh Al-Islami Jeddah, Dar al-Qalam, Dimashq, 1998, hlm 71; Buhuth Fi al-Mu'amalat wa al-Asalib Al-Masrafiyyah Al-Islamiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Majmu'ah Dallah Al-Barakah, 2002, Juz 2, hlm 92

Ertinya : “dan apabila berkemampuan mengadakan seperti itu sebagai contoh dari bank pusat (sebagai penjamin pihak ketiga) atau Kementerian Kewangan atau pihak yang berasingan dari pihak pengusaha (*muḍārib*), maka itu tiada tegahan padanya, sama ada jaminan pihak ketiga itu diperolehi dari hasil usaha *muḍārib* atau *rabbul māl*...”

3. AAOIFI

Majlis Sharī'ah AAOIFI pula memutuskan seperti berikut:-

يد الشركاء على مال الشركة يد أمانة فلا ضمان على الشريك إلا بالتعدي أو التقصير. ولا يجوز أن يشترط ضمان أي شريك لرأس مال شريك آخر.

Ertinya: “Tanggungannya para rakan kongsi terhadap modal perkongsian adalah tanggungannya jenis amanah, maka tiada jaminan boleh diberikan kepada rakan kongsi kecuali apabila wujud pencerobohan atau kecuaiannya. Tidak juga harus disyaratkan jaminan (walau) diberikan oleh mana-mana rakan kongsi kepada modal rakan kongsi yang lain.”⁵

Juga disebutkan:-

يجوز التعهد من طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن أطراف الشركة بتحمل الخسارة، شريطة أن يكون التعهد التزاماً مستقلاً عن عقد المشاركة، ومن دون مقابل وشريطة ألا يكون الطرف الثالث (المتعهد بالضمان) جهة مالكة أو مملوكة بما زاد عن النصف للجهة المتعهد لها..

Ertinya : “Harus mengambil janji menanggung kerugian dari pihak ketiga yang berasingan entitinya dan tanggungannya dari pihak-pihak syarikah kontrak dengan syarat perjanjian bersifat iltizām yang terasing dari kontrak *mushārah* serta tidak pula dikenakan upah, juga dengan syarat pemilik pihak ketiga itu tidak dimiliki lebih dari separuh (atau 50 %) oleh pihak yang diberikan janji kepadanya...”⁶

Selain itu, dalam resolusi berkaitan *Ad-Damānāt*, AAOIFI memutuskan sebagai berikut:-

⁵ Al-Ma'āyir al-Shar'iyyah, AAOIFI, hlm 164 (cet.2010)

⁶ Al-Ma'āyir al-Shar'iyyah, AAOIFI, hlm 164 (cet.2010)

لا يجوز اشتراط الكفالة أو الرهن في عقود الأمانة.. لمنافاتها لمقتضاها ما لم يكن اشتراطهما مقتصرًا على حالة التعدي أو التقصير أو المخالفة وبخاصة عقود المشاركات والمضاربة.. ولا يجوز تسويق عملياتها على أنها استثمار مضمون.^٧

Ertinya: “Tidak harus disyaratkan *kafālah* atau *rahn* dalam kontrak-kontrak amanah...disebabkan bercanggah keduanya dengan kandungan kontrak amanah, kecuali jika syarat itu hanya terhad kepada ketika wujudnya kecuaiian dan pencerobohan atau percanggahan, khususnya dalam kontrak *mushārah* dan *muḍārah*..dan tidak harus juga dipromosi seolah produk pelaburan ini adalah sebuah pelaburan yang dijamin”⁸

4. Majallah al-Ahkām Al-'Adliyyah

Dicatat di dalam klausa nombor 768:-

الأمانة غير مضمونة، فإذا هلك أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه لا يلزمه الضمان.

Ertinya: “(Kontrak) amanah tidak boleh dijamin, justeru apabila musnah atau hilang bukan disebabkan perbuatan yang pemegang amanah dan buka asbab kecuaiian darinya, tidak boleh dimestikan baginya jaminan (gantian)”⁹

4.0 KONTRAK AMĀNAH DENGAN DISYARATKAN JAMINAN

Ulama berbeza pandangan berkenaan kontrak amanah, khususnya kita melihat untuk kontrak *mushārah* dan *muḍārah*, dari sudut sama ada ia boleh dijamin oleh pemegang amanah (pengusaha atau rakan kongsi) atau tidak. Sekurang-kurangnya terdapat dua pandangan terbesar, iaitu :-

Pertama: Sebarang syarat untuk menjamin adalah bathil disebabkan ia bercanggah dengan kandungan kontrak. Ia merupakan ijtihad ulama' mazhab Ḥanafī, Shāfi'ī, Māliki dan Ḥanbali, disebutkan juga pandangan Al-Thawrī, Al-Awzā'ī, Ishāk, Ibn Munzir dan lain-lain.¹⁰

⁷ Al-Ma'āyir al-Shar'iyyah, AAOIFI, hlm 48 (cet.2010)

⁸ Al-Ma'āyir al-Shar'iyyah, AAOIFI, hlm 48 (cet.2010)

⁹ Syarh Al-Majallah, Salim Rustam Baz, hlm 426

¹⁰ Radd al-Muhtar, Ibn 'Abidin, 4/494 ; Al-Hāwī al-Kabīr, Al-Māwardī, 7/371; Al-Mughni, 9/258

Ringkasan hujjahnya adalah:

- 1) Asas kontrak amanah dan tanggungjawabnya boleh difahami dari firman Allah :-

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا

Ertinya : Sesungguhnya Allah mengarahkan kamu untuk melunaskan amanah kepada ahli yang berhak (An-Nisa' : 58)

Ibn Kathir menghuraikan amanah tersebut terbahagi kepada dua jenis :- 1) Amanah dan hak-hak Allah seperti solat, puasa, zakat dan lain-lain 2) Hak-hak manusia seperti barang simpanan,¹¹ harta *mushārahah*, *muḍārahah* dan lainnya.

Boleh difahami bahawa, harta yang diserahkan secara amanah mesti ditepati, demikian kandungan firman Allah yang mewajibkan setiap pemegang amanah melunaskan amanahnya dan juga sabdaan Nabi :

أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ أَيْتَمَكَ

Ertinya : Laksanakan amanah kepada siapa yang telah kamu diberikan kepercayaan (Riwayat Ahmad)

Oleh demikian, setiap amānah menyimpan barang *wadi'ah* atau serahan modal bagi *mushārahah* dan *muḍārahah* tidak boleh digunakan kecuali dengan keizinan. Justeru setelah keizinan pihak yang terlibat telah diperolehi, tiada jaminan bagi keselamatan modal boleh diberikan kecuali apabila wujud kes pecah amanah, pelanggaran terma kontrak dan kecuaiian pengusaha (*āmil*) atau rakan kongsi (*sharīk*).

- 2) Kedua-dua pihak dalam kontrak amanah seperti *mushārahah* adalah rakan kongsi yang perlu saling bantu membantu atas dasar keduanya pemegang amanah (*amīn*) terhadap wang modal masing-masing. Mereka bersepakat menggunakan modal tadi bagi menghasilkan keuntungan yang boleh dinikmati bersama, bukannya satu pihak terpaksa menjamin keuntungan atau keselamatan modal rakan kongsi yang lain. Jika itu dilakukan,

¹¹ Tafsīr Al-Qurān Al-'Aẓīm, Ibn Kathīr, jil 2, hlm 339

ia mencarikkan asas utama kontrak amānah. Tiada alasan munasabah dan boleh diterima hukum Islam boleh menjustifikasikan tindakan terbabit, kecuali apabila terdapatnya pecah amanah dan kecuaiian yang jelas.¹²

- 3) Kontrak amānah adalah satu kontrak bantuan tanpa imbalan keuntungan, justeru tidak boleh dibebankan satu pihak untuk memberi jaminan ganti rugi atas perkara di luar kawalan yang berlaku kepada harta atau barang yang dikontrakkan, sebagai contoh *wadī'ah* adalah kontrak amānah dan termasuk juga harta *mushākarah* dan *muḍārabah*, Ibn Qudāmah menegaskan:

فصل : إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة , فقبله أو قال : أنا ضامن لها . لم يضمن . قال أحمد في المودع : إذا قال : أنا ضامن لها . فسرقت , فلا شيء عليه . وكذلك كل ما أصله الأمانة , كالمضاربة , ومال الشركة , والرهن , والوكالة . وبهذا قال الثوري , والشافعي , وإسحاق , وابن المنذر

Ertinya : Apabila disyaratkan ke atas rabbul wadī'ah oleh yang peminta simpan (mustawdi') agar dijamin (selamat) barang yang simpanan, dan dipersetujui atau berkata menyimpan berkata “Aku menjadi penjaminnya”, syarat itu tetap tidak memberi kesan. Berkata Imam Ahmad “Apabila dikatakan “aku jadi penjamin” kemudian harta wadī'ah itu dicuri, maka tiada (tanggungan) ke atasnya, demikian juga hukum asal dalam setiap kontrak amānah seperti muḍārabah, harta sharikat (mushākarah), rahn dan wakālah. Demikian adalah pendapat Al-Thawrī, As-Shafī'i, Ishak (Rahawaih) dan Ibn Munzir.”¹³

Ibn Qudāmah kemudian menyatakan rasionalnya :

وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه , فلم يلزمه , كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة

Ertinya : Itu adalah kerana syarat jaminan dalam perkara yang tidak wujud sebab (shar'ī) yang membolehkan jaminan, tidak akan menjadikan terpakai (dipatuhi) sebagaimana disyaratkan jaminan barang yang rosak di tangan tuannya sendiri’¹⁴

¹² Al-Ma'āyir al-Shar'īyyah, AAOIFI, hlm 67

¹³ Al-Mughni, Ibn Qudāmah, 9/258

¹⁴ Al-Mughni, Ibn Qudāmah, 9/258

- 4) Harta amānah semuanya tidak boleh digunakan kecuali dengan izin pemiliknya, maka di dalam kontrak *mushārah* dan *muḍārah*, sejurus izin diberikan tiada jaminan boleh ditagih, kerana keizinan yang diberikan dianggap telah melepaskan tanggungjawab pihak yang lain dari tanggungan menjamin jika kerosakan dan kerugian datang bukan akibat kecuai dan luar kawalan. Justeru, di dalam situasi kontrak *mushārah*, sejurus rakan kongsi bersetuju di gunakan wang modalnya untuk sama-sama digunakan untuk sesuatu projek, perniagaan dan sebagainya, dia wajib untuk mengetahui risiko yang bakal ditanggungnya dan tidak boleh meletakkan beban ke atas satu pihak rakan kongsi sahaja, sedangkan keuntungan juga diinginya.
- 5) Jaminan modal sahaja atau dengan keuntungan, bakal menukar kandungan kontrak *mushārah* kepada pinjaman yang berciri *yad ḍamānah* dan bukan lagi *yad amānah*. Tatkala itu, sebarang jaminan keuntungan (jika ada) dalam kontrak *mushārah* pula diklasifikasikan sebagai faedah riba yang dijamin.

Kedua: Syarat sedemikian adalah *ṣāḥih* dan boleh dibuat serta terpakai (*muzlim*). Pandangan ini dinisbahkan kepada Qatādah, Daud az-Zāhiri, Ash-Syawkani dan ditarjihkan oleh Dr. Nazih Hammad¹⁵, Dr Sami Hammud¹⁶, Sayyid Muhammad Baqir As-Sadr¹⁷ dan prof At-Tijani Abd Qadir¹⁸.

Ringkasan hujjah-hujahnya adalah:

- 1) Apabila al-amīn redha dan sukarela memberikan jaminan, ia jatuh ke dalam kategori harus. Menurut as-Syawkāni, At-tarāḍi merupakan *manāṭ* dalam menghalalkan urusan kewangan sesama manusia.¹⁹ Ibn Taymiah menyebut :-

الأصل في العقود رضى المتعاقدين

Ertinya: “Asal di dalam bab kontrak adalah keredhaan kedua pihak yang beraqad”²⁰

¹⁵ Qaḍāyā Fiqhiyyah Mu’āṣirah fi Al-Iqtisād wa al-Māl, Dr Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimasqh, 2001, hlm 408

¹⁶ Tatwir al-‘Amal al-Masrafiyyah, hlm 448

¹⁷ Al-bank Alla Ribawi Fi Al-Islam, Baqir As-Sadr, hlm 32-33

¹⁸ ḍamān al-Mudarib Li Ra’sil Mal, Ahmad Tijani, Majallah Jami’ah al-Iqtisad al-islami, jil 16, bil 1, hlm 61

¹⁹ As-Saylul Jarar, As-Syawkani, 3/217

²⁰ Al-Qawā’id an-Nuraniyyah, Ibn Taymiyyah, hlm 203

2) Berdasarkan hadis :

المسلمون على شروطهم

Ertinya: Muslim berada di atas syarat mereka.(Riwayat Abu Daud, At-Tirmizi, Ibn Hibban) ²¹

3) Berdasarkan hadis yang menyatakan bahawa Nabi s.a.w telah mengambil (meminjam) baju besi kepunyaan Safwan bin Umayyah pada hari Hunain²² lalu Sfawan bertanya :-

أغصبا يا محمد ؟ فقال (الرسول) : بل عارية مضمونة حتى تؤديها عليك

Ertinya: Safwan bin Umayyah berkata : “Adakah ambilan itu satu rampasan” ? Nabi menjawab : “Bahkan ia hanyalah suatu pinjaman yang terjamin sehingga kami memulangkan semula kepada kamu” (Riwayat Abu Daud, At-Tirmidzi, Al-Hakim dan dianggapnya sahih dan dipersetujui az-Zahabi)²³

Al-Qāri menukulkan bahawa Ibn ‘Abbās dan Abū Hurairah berpandangan hadis tersebut membawa erti pinjaman adalah terjamin mesti dipualngkan walaupun jika rosak di tangan peminjam.

Seterusnya, hadis tersebut juga dianggap satu perakuan bahawa hukum asal bagi kontrak amānah seperti ‘āriah (pinjam) sememangnya tidak dijamin, namun boleh bertukar sejurus diterima sebagai syarat ia dijamin, sama sebagaimana nabi seolah menerima ia sebagai *maḍmūnah*.²⁴

Pandangan terpilih

²¹ Ibn Hibbān menilainya sebagai sahih dan At-Tirmizi mengatakannya hasan sahih.

²² Dijelas oleh At-Turbashati bahawa Safwan di waktu tu masih terkesan dengan adab jahiliyyah sehingga memanggil nabi dengan bahasa yang kasar.

²³ Al-Mustadrak, Al-Hākīm, 2/47 ; Namun begitu Albāni dalam kajiannya mendapati hampir semua jalan periwayatan hadis ini adalah ḍaif.

²⁴ Qaḍāyā Fiqhiyyah Mu’āṣirah fi Al-Iqtisād wa al-Māl, Dr Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimasq, 2001, hlm 403

Penulis cenderung kepada pendapat jumhur yang tidak membenarkan jaminan dalam kontrak amānah khususnya di dalam kontrak *mushārakah* dan *muḍārabah*, kecuali apabila wujudnya bukti pencerobohan, kecuaiian dan pengkhianatan perjanjian, selaras dengan pandangan jumhur.

Sebarang syarat walau dipersetujui oleh kedua belah pihak namun apabila ia boleh mengakibatkan ketidakadilan, khususnya apabila dilaksanakan di dalam skala besar akan pasti merosakan seluruh sistem ekonomi dan mu'āmalat Islam.

Tamabahn pula, syarat yang disedari memberikan kesan mudarat tanpa hak kepada salah satu pihak yang beraqad adalah tertolak sebagaimana kaedahnya:

كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل

Ertinya : Setiap syarat yang tiada di dalam kitab Allah adalah bathil. (Riwayat Al-Bukhari dan Muslim)

Ibn Qayyim menjelaskan maksud hadis di atas bahawa setiap syarat yang bercanggah dengan hukum Allah dan bertembung dengan kitabNya adalah bathil.²⁵

Kewujudan *tarāḍi* sahaja tidak cukup untuk mengharuskan semua jenis syarat, jika ia diterima pakai secara mutlaq, perjudian juga kelak akan dianggap harus disebabkan keredhaan dan kesanggupan pihak yang bertaruh untuk menempuh kerugian dan kehilangan hak terhadap harta yang dipertaruhkannya.

Manakala hadis berkenaan Safwan bin Ummayyah pula terdedah kepada kritikan sama ada sanadnya²⁶ mahupun *dalālah*. Ini kerana lafaz balasan oleh Nabi s.a.w boleh diandaikan membawa maksud ia sutau 'jaminan dari tidak dipulangkan'. Qarinahnya adalah jawapan kepada soalan Safwan itu sendiri iaitu “adakah ia rampasan”? yang bererti tidak akan dipulangkan. Maka Nabi menjawab, ia adalah pinjaman dan terjamin iaitu dijamin bahawa ia akan dipulangkan semula, bukanlah bermaksud jaminan dari kerosakan sama ada akibat kecuaiian atau tidak seperti di dalam konteks perbincangan kita.

²⁵ I'ām al-Muwaqqi'in, Ibn Qayyim, 1/402

²⁶ Rujuk lanjut analisa oleh Sheikh Nāṣiruddin Al-Albāni di http://www.alalbany.net/books_view.php?id=4329&search=&book=sahih

At-Tibi berkata :

قوله غصبا معمول مدخول الهمة أي أتأخذها غصبا لا تردها علي (يا محمد ؟)

Ertinya: Katanya ‘rampasan’ digunakan dan dimasukkan hamzah beerti “adakah engkau mengambilnya sebagai rampasan yang tidak akan dikembalikan kepadaku (Ya Muhammad?)”²⁷

Demikian kefahaman yang dipegang oleh jumhur mazhab termasuk ‘Ali Abi Tālib dan Ibn Mas’ud rhm.²⁸

Jika benar sekalipun pendalilan yang membolehkan persetujuan menjadikan ‘*ariah*’ itu terjamin sebagaimana dalil yang dibawakan tadi, penulis berpandangan ia terhad kepada kontrak ‘*ariah*’ dan mana-mana kontrak amanah yang tidak banyak kerosakan dan ketidakadilan, keadaan sangat berbeza jika dibandingkan dengan jaminan yang diberikan ke atas kontrak amānah dari jenis *mushārah* dan *muḍārabah* disebabkan sifatnya selaku pelaburan yang pada *ghalib ḥan* terdedah kepada risiko kerugian. Ia berbeza dengan kontrak amanah dari jenis ‘*ariah*’ tadi. Wallahu’alam

5.0 ḌAMĀN YANG DBERIKAN KETIKA BERLAKUNYA TA’ADDI ATAU TAQṢĪR.

Sepertimana yang dinyatakan sebelumnya, tidak ada khilaf di kalangan ulama bahawa kedudukan *muḍārib* atau *mushārik* di dalam kontrak *muḍārabah* dan *mushārah* adalah amin. Oleh kerana itu, beliau tidak bertanggungjawab (ḍamin) ke atas kontrak *muḍārabah* atau *mushārah* melainkan apabila berlakunya *ta’addi* atau *taqṣīr* ²⁹. Ini tidak menafikan

²⁷ Mirqāt al-Mafātiḥ Sharah Mishkāt al-Maṣābih, ‘Ali bn Sultan al-Qari, Dar al-Fikr, Dimashq, 2002, no 2955, hlm 1977

²⁸ Mirqāt al-Mafātiḥ Sharah Mishkāt al-Maṣābih, hlm 1977

²⁹ Ibn Rushd, Bidayat al-Mujtahid, juz. 2, h. 178, al-Bahuti, Kashshaf al-Qina’, juz. 3, hh. 522- 523, al-Sharbini, Mughni al-Muhtaj, juz. 2, h. 343, juz. 2, h. 292, al-Kasani, Bada’i al-Sana’i, juz. 6, hh. 179, Ibn ‘Abidin, Hashiyah, juz. 4, h. 298, In Qudamah, al-Mughni, juz. 5, h. 129, al-Dasuqi, Hasyiyah, juz. 3, h. 353, al-Shawkani, Sayl al-Jarar al-Mutadaffiq, juz. 3, h. 342.

wujudnya beberapa isu yang menjadi khilaf di kalangan ulama. Resolusi majma' dalam hal ini menyatakan³⁰:

" المضارب أمين، ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير، بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول علي أساسها، وتستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية و المشتركة، و لا يتغير بدعوي قياسها علي الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط و الالتزام"

Apabila berlakunya ta'addi dan taqsir, maka suasana amīn ini telah bertukar kepada ḍamīn. Oleh kerana itu, adalah dibenarkan untuk pemberian ḍamān ketika berlakunya suasana ta'addi atau taqsir. Piawaian AAOIFI berkenaan dengan *mushārah* menyatakan³¹:

"يجوز أن يشترط أحد الطرفين في الشركة على الطرف الآخر تقديم كفيل أو رهن لضمان التعدي أو التقصير أو مخالفة قيود الشركة".

"Adalah dibenarkan kepada rakan perkongsian di dalam *mushārah* untuk mensyaratkan bahawa rakan kongsi yang lain membawa penjamin atau rahn sebagai daman ke atas ta'addi, taqsir atau pelanggaran kepada klausa-klausa yang terkandung di dalam kontrak *mushārah*."

Begitu juga Piawaian Shariah, AAOIFI berkenaan dengan muḍārahbah menyatakan³²:

"يجوز لرب المال أخذ الضمانات الكافية و المناسبة من المضارب، بشرط أن لا ينفذ رب المال هذه الضمانات إلا إذا ثبت التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط عقد المضاربة".

³⁰ Resolusi Majma', Qarar no. 122 (5/13). Majallat Majma' al-Fiqh al-Islami, Bilangan 13, juz. 3, p. 290

³¹ Piawaian Shariah, AAOIFI, h. 209

³² Piawaian Shariah, AAOIFI, h 239

Adalah dibenarkan kepada *rab al-mal* untuk mengambil jaminan yang mencukupi dan bersesuaian daripada *muḍārib*, dengan syarat *rab al-mal* tidak menggunakan damanat ini melainkan apabila terbukti berlakunya *ta'addi*, *taqṣīr* atau pelanggaran kepada klausa-klausa yang terkandung di dalam kontrak *ta'addi*, *taqṣīr* atau pelanggaran kepada klausa-klausa yang terkandung di dalam kontrak”

Turut termasuk di dalam perbincangan *ta'addi* dan *taqṣīr* ini ialah apakah yang termasuk di dalam kategori melakukan *ta'addi* atau *taqṣīr*. Suatu perkara yang perlu diberi perhatian ialah konsep *ta'addi* dan *taqṣīr* amatlah luas, dan berkemungkinan penentuannya juga berbeza dari seorang individu kepada individu yang lain. Dr Abdul Sattar, ketika memberikan pengertian kepada makna *ta'addi* dan *taqṣīr* cuba memberikan beberapa contoh. Beliau menyatakan antara contoh *ta'addi* ialah apabila *muḍārib* menggunakan asset *muḍārabah* untuk kepentingan peribadinya, atau memberi hutang (menggunakan asset *muḍārabah*), kerana perbuatan tersebut adalah terkeluar daripada perkara-perkara yang dibenarkan ataupun yang selalunya berlakunya di dalam urusan perniagaan. Manakala *taqṣīr* pula ialah apabila *muḍārib* tidak mengambil langkah-langkah yang sepatutnya dibuat demi untuk menjaga asset *muḍārabah* daripada hilang (atau rosak) atau berlakunya penyusutan harga. Umpamanya, beliau tidak menjual asset yang sepatutnya dijual kerana ditakut berlakunya penyusutan harga atau rosak³³.

Pada pandangan penulis, contoh yang diberikan oleh Dr Abu Ghuddah hanyalah merupakan sebahagian contoh membawa kepada berlakunya situasi *ta'addi* dan *taqṣīr*. Dengan peredaran zaman dan luasnya alam perniagaan, adalah amat sukar untuk menentukan secara spesifik kesemua perkara yang membawa kepada *ta'addi* dan *taqṣīr*. Tambahan pula, di zaman kini, keperluan untuk menjaga kepentingan pihak yang berkontrak berkemungkinan amat unik dan berbeza-beza mengikut bisnes yang dilakukan. Mungkin kita boleh berhujah bahawa Walaupun mahkamah boleh memainkan peranan di dalam menentukan sama ada berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr*, atau tidak, namun prosedur mahkamah mungkin mengambil masa yang amat panjang, dan sudah tentulah perkara ini akan memberi kesusahan kepada pihak-pihak yang berkontrak di dalam *mushārah* atau *muḍārabah* tersebut. Untuk mengatasi masalah ini, saya berpandangan kontrak *mushārah* dan *muḍārabah* boleh meletakkan di dalam kontrak berkenaan klausa berkenaan positive covenants and negative covenants. Secara

³³ Abu Ghuddah, al-Wasail al-Mashru'ah li taqlil Makhatir al-mudharabah, h. 392

ringkasnya, positive covenants adalah perkara-perkara yang mesti dilakukan oleh *muḍārib* atau *mushārik* yang mengendalikan *mushārah*, dan negative covenants adalah perkara-perkara yang mesti dielakkan didalam pengendalian *muḍārah* dan *mushārah* tersebut. Jika sekiranya *muḍārib* (atau *mushārik*) gagal untuk melaksanakan klausa positive dan negative covenants ini, maka beliau dikira telah melakukan *ta'addi* dan *taqṣīr*, yang memberi hak kepada *rab al-mal* atau *mushārik* (yang lain). Sebagai konsekuensnya, pihak *rab al-mal* atau *mushārik* mempunyai hak untuk menamatkan kontrak dan menjadikan pihak *muḍārib* atau *mushārik* yang menguruskan perkongsian tersebut bertanggungjawab ke atas kepada *rab al-mal* atau *mushārik* (daman). Pada pandangan saya, dengan adanya klausa berkenaan dengan positive dan negative covenants ini, pihak yang berkontrak di dalam *muḍārah* dapat menjaga kepentingan masing-masing di dalam kontrak tersebut. Dengan cara ini, kita dapat menjaga kepentingan pihak yang berkontrak dengan memastikan klausa-klausa yang terdapat di dalam positive and negative covenants tersebut adalah bersesuaian dengan sifat kontrak *mushārah* dan *muḍārah* yang dimeterai dan bisnes yang mereka terokai. Tanpa perlu dinyatakan di sini, klausa-klausa tersebut mestilah selari dengan syarak dan ini adalah tanggungjawab penasihat Syariah untuk memastikan perkara tersebut.

Berkata Sheikh Hussien Hammad³⁴:

"ولكن الشريعة الإسلامية لم تكتف بذلك، بل أجازت لرب المال أن يضع قيوداً، و أن يفرض واجبات علي المضارب في عمله، وأن يمنعه من أنشطة معينة، وأن يضمن عقد المضاربة أو نشرة إصدار صكوكها توجيهات ملزمة للمضارب، كل ذلك بشرط واحد هو ألا تصل هذه القيود و تلك الشروط و التوجيهات إلي الحد الذي يضيق علي المضارب و يكبله في اختيار القرار الاستثماري المناسب، ويمنع الاستفادة منه كخبر استثمار.

Pada hakikatnya, positive dan negative covenants adalah antara syarat (*quyud*) yang dinyatakan oleh *rab al-mal* agar dipenuhi oleh *muḍārib*.

Berkaitan dengan *ta'addi* dan *taqṣīr* ini ialah klausa berkenaan dengan dirasat jadwa (*feasibility study*). Di dalam sesetengah *mushārah* dan *muḍārah*, pihak yang memerlukan modal (samaada *muḍārib* atau *mushārik*) akan menyediakan *feasibility studies* untuk

³⁴ Dr. Hussein Hamid Hassan, *Isdar al-Sukuk*, hh. 66-67.

menunjukkan bahawa projek yang ingin dilaksanakan (atau dikembangkan) adalah berdayamaju (*viable*). Dalam kebanyakan keadaan, turut dinyatakan juga kadar keuntungan yang dianggarkan (*expected return*) daripada mudharbah atau *mushārah* tersebut. Bahkan di dalam sebahagian dokumen *mushārah* atau *muḍārah*, pihak yang memerlukan modal (atau lebih modal) memberikan *representative*, dan klausanya dimasukkan di dalam dokumen bahawa pihak *muḍārib* (atau *mushārik* yang bekerja) telah melakukan *feasibility studies* yang mencukupi untuk memastikan projek tersebut adalah berdaya maju dan keuntungan yang dijangkakan (*expected profit*) akan dapat dicapai (*achievable*).

Sebahagian ulama masakini, antaranya Dr Hussien Hamid dan Dr ‘Abdul Hamid al-Ba’li berpandangan bahawa jika sekiranya *muḍārib* telah melakukan *feasibility studies* dan telah membentangkan kepada para pelabur natijah tertentu dan natijah tersebut menjadi asas para pelabur untuk melabur di dalam bisnes tersebut, kemudiannya hasil daripada bisnes tersebut tidak bertepatan dengan apa yang dinyatakan di dalam *feasibility studies*, maka itu menjadi antara sebab untuk menjadikan *muḍārib* bertanggungjawan ke atas kegagalannya. Ini adalah termasuk di dalam kategori *taqṣīr* yang menjadi asas kepada *ḍamān muḍārib*. Persoalan yang mungkin boleh ditimbulkan di sini ialah, adakah kegagalan untuk mencapai apa yang dinyatakan di dalam *feasibility study* membawa kepada *taqṣīr*. Sekadar pembacaan terhadap penulis, *taqṣīr* yang dinyatakan oleh para fuqahak ialah *taqṣīr* di dalam mengendalikan *muḍārah* tersebut, bukannya di dalam menyediakan *feasibility studies*.

Hujah yang diberikan di dalam menyokong cadangan ini ialah al-Taghrir bi al-qawl adalah sama seperti al-taghrirbi al-fi’l yang membawa kepada *ḍamān*. Umpamanya, sesiapa yang mengorak lubang di jalanan, kemudian beliau menutupnya dengandaun dan sebagainya, lalu ada orang yang jatuh ke dalam lubang tersebut, maka beliau mestilah bertanggungjawab (*dhamin*) terhadap sebarang kerosakan (*jiwa* atau *barangan*) yang berlaku. Begitu juga, sesiapa yang membuat *feasibility studies* kepada institutsi kewangan yang menunjukkan wujudnya keuntungan yang dijangkakan (*arbah mutawaqqi’ah*), kemudian terbukti keuntungan tersebut tidak dapat dicapai, maka beliau sepatutnya bertanggungjawab (*dhamin*) ke atas kerugian dan keuntungan. Ini adalah kerana, modal yang diserahkan kepadanya adalah kerana para pelabur melihat dan mempercayai *feasibility studies* tersebut. Secara ringkasnya, menurut pandangan ini, secara al-asl, seorang *muḍārib* bertanggungjawab untuk *ḍamān* apabila berlakunya kegagalan untuk mencapai keuntungan sepertimana yang dinyatakan di dalam *feasibility studies*. Adalah menjadi tanggungjawabnya (*burden of proof*) untuk membuktikan bahawa kegagalannya untuk mencapai targert di dalam *feasibility studies*

adalah kerana sebab-sebab yang di luar kawalannya.³⁵ Dalam hal ini, tanggungjawab pembuktian telah dipindahkan kepada *muḍārib*, dan tidak lagi *rab al-mal*³⁶.

Persoalannya, sejauh manakah *muḍārib* dan *mushārik* boleh menjadi dhamin di atas kegagalannya untuk mencapai target yang diletakkan di dalam feasibility study.

Wikipedia menyatakan bahawa feasibility study ialah³⁷:

“Feasibility studies aim to objectively and rationally uncover the strengths and weaknesses of the existing business or proposed venture, opportunities and threats as presented by the environment, the resources required to carry through, and ultimately the prospects for success. In its simplest term, the two criteria to judge feasibility study should provide a historical background of the business or project, description of the product or service, accounting statements, details of the operations and management, marketing research and policies, financial data, legal requirements and tax obligations. Generally, feasibility studies precede technical development and project implementation.”

Terdapat 5 faktor utama berkenaan dengan feasibility studies, iaitulah TELOS³⁸:

- 1- *Technology and system feasibility*
- 2- *Economic feasibility*
- 3- *Legal feasibility*
- 4- *Operational feasibility*
- 5- *Schedule feasibility*

Secara umumnya, *feasibility study* mampu untuk memberikan kemungkinan yang kuat ke atas bisnis yang diterokai jika ia memenuhi beberapa ciri utama:

- 1- Ianya dilakukan dengan menggunakan data yang tepat dan terkini

³⁵ Dr Hussien Hamid Hassan, Dirasah Hawla Mawdu' ba'd Jawanib al-Sukuk al-Mu'asirah. www.hussein-hamid.com/pagedetails.aspx?id=112

³⁶ Lihat perbincangan lebih mendalam berkenaan dengan perkara ini di dalam: Dr Hussein Hassan, al-Turuq al-Muqtarahah li al-Tahawwut Dit Makhatir 'Uqud al-Istithmar (al-mudharabah wa al-Mushārah wa al-Wakalah) www.hussein-hamid.com/pagedetails.aspx?id=110

³⁷ [En.wikipedia.org/wiki/Feasibility_study](http://en.wikipedia.org/wiki/Feasibility_study)

³⁸ Ibid

- 2- Tidak berlaku perkara yang diluar jangkaan,
- 3- Atau berlaku perkara yang di dalam jangkaan, tetapi berlaku di dalam scale yang terlalu besar.

Secara umumnya feasibility studies memberikan keyakinan kepada pelabur bahawa projek yang akan dilakukan adalah mampu untuk mencapai target yang telah diletakkan. Namun begitu, unsur-unsur di luar kawalan *muḍārib* ketika melakukan feasibility studies tetap wujud. Ini adalah kerana feasibility studies pada hakikatnya adalah jangkaan pada apa yang akan berlaku pada masa hadapan. Terdapat perbezaan antara al-taghrir dengan feasibility studies, kerana yang pertama ialah penipuan kepada perkara yang berlaku sekarang, sedangkan yang kedua hanyalah jangkaan kepada apa yang akan berlaku. Bagaimana kita hendak menyatakan bahawa terdapat penipuan kepada jangkaan pada perkara yang akan datang? Inilah perbezaan yang menyebabkan penulis masih berpandangan bahawa menyamakan antara *al-taghrir* dan jangkaan di dalam feasibility studies adalah kurang tepat.

Pada pandangan penulis, kegagalan untuk mencapai target yang dinyatakan di dalam feasibility studies tidaklah boleh secara langsung menjadi asas untuk menjadikan *muḍārib* atau *mushārik* sebagai dhamin. Ini adalah kerana, walaupun *feasibility studies* dibuat dengan cara yang terbaik, unsur-unsur ketidakpastian dan jangkaan tetap wujud. Hanya Allah SWT yang mengetahui segalanya. Namun begitu, kita boleh menjadikan pihak *muḍārib* atau *mushārik* bertanggungjawab jika sekiranya terdapat bukti-bukti *taqṣīr* (yang membawa kepada penipuan) di dalam penyediaan dan pelaksanaan feasibility studies. Umpamanya:

- i- Data-data yang digunakan untuk membuat konklusi feasibility studies (dinamakan report on feasibility studies) adalah tidak benar.
- ii- Feasibility studies telah menyatakan prosedur dan langkah-langkah yang akan diambil oleh *muḍārib* dan *mushārik* untuk memastikan kejayaan bisnis tersebut. Namun dari segi praktisnya, segala prosedur dan langkah-langkah tersebut tidak dipatuhi.

Cumanya yang menjadi persoalannya di sini, di atas siapakah dikenakan beban pembuktian tersebut. Dr Hussein Hamed Hassan berpandangan beban pembuktian adalah dikenakan ke atas *muḍārib* atau *mushārik*. Mereka yang bertanggungjawab untuk membuktikan bahawa

mereka telah melakukan yang sepatutnya demi mencapai target yang dinyatakan di dalam feasibility studies. Kegagalan mereka akan menyebabkan mereka wajib *ḍamān*³⁹.

Namun begitu terdapat satu persoalan yang ditimbulkan dalam *muḍārabah* dan *mushārah* masakini, iaitulah, situasi *ḍaman* ini, adakah hanya tertakluk kepada modal atau boleh merangkumi keuntungan juga. Begitu juga, apabila kita membenarkan merangkumi keuntungan, adakah ia berdasarkan kepada keuntungan yang dijangkakan (*expected return*, *arbāh mutawaqqa'ah*) atau keuntungan sebenar (*arbāh mutahaqqiqah*).

Terdapat beberapa pandangan dalam hal ini⁴⁰:

- 1- Ke atas modal sahaja. Berdasarkan pandangan ini, *muḍārib* adalah bertanggungjawab untuk *ḍamān* ke atas jumlah modal yang telah diberikan oleh *rab al-mal*
- 2- Ke atas keuntungan yang didapati oleh syarikat lain yang juga mempunyai bisnes yang sama.. Contohnya: Suatu venture secara *mushārah* dibentuk dan promoter (yang juga menjadi rakan kongsi di dalam *mushārah* tersebut) telah menjemput pra pelabur untuk turut serta di dalam perkongsian tersebut sebagai “sleeping partners”. Beliau telah menyediakan feasibility studies yang menyatakan bahawa bisnes tersebut dijangkakan dapat membawa suatu kadar keuntungan (umpamanya 6%). Di akhir tahun (atau akhir venture tersebut- bergantung bagaimana mereka berjanji tentang pembahagian keuntungan-), venture tersebut telah mengalami kerugian. Dalam masa yang sama, terdapat syarikat lain yang juga berada di dalam bisnes yang sama dan mereka telah berjaya mendapat meraih 3% keuntungan. Dalam keadaan ini, *mushārik* adalah bertanggungjawab *ḍamān* ke atas modal dan keuntungan yang telah terrealisasikan oleh syarikat tersebut (3%).
- 3- Ke atas keuntungan yang dijangkakan (*arbāh mutawaqqa'ah*). Sebagai contohnya, apabila feasibility studies menjangkakan suatu nilai keuntungan dan *muḍārib* (atau *mushārik*) gagal mendapatkan keuntungan tersebut disebabkan perkara-perkara yang menjadi

³⁹ Dr Hussein Hassan, al-Turuq al-Muqtarahah li al-Tahawwut Dit Makhatir 'Uqud al-Istithmar.

⁴⁰ Dr Hussein, Dirasat Hawla Mawdu' Ba'd Jawanib, Dr. Hussein, al-Turuq al-Muqtarahah li al-tahawwut, Dr Hussein, Isdar al-Sukuk bimura'at al-Maqasid, Buhuth Nadwah al-Barakah, kali ke 32, 2011, h. 67, Dr Abdul al-Sattar Abu Ghuddah, al-Tamwil bi al-Mushārah, al-Aliyat al-'Amaliyyah li Tatwiriha, Buhuth Fi al-Muamalat wa al-Asalib al-Masrafiyyah al-Islamiyyah, Juz 12, 1432H -2011 M, hh. 18-20

kesalahannya, maka beliau adalah bertanggungjawab untuk tetap *damān* modal dan nilai keuntungan tersebut⁴¹.

Beliau berkata di dalam kes kegagalan *muḍārib* mendapat keuntungan sepertimana yang dinyatakan di dalam feasibility studies⁴²:

"ولا شك أن دراسة الجدوي المقدمة من المضارب، والدراسة التي بنيت عليها هذه الدراسة و التي تتضمن الربح المتوقع من المشروع، تعد قرينة علي كذب دعوي الخسارة المجردة عن الدليل تضع المضارب في مركز المدعي، و هنا يحكم عليه بضمان تاربح المعلن في دراسة الجدوي حتي يقدم هو الدليل علي الخسارة التي يدعيها، ويثبت أن ما ورد في الدراسة لم يتحقق لسبب لا يد له فيه، و لظروف طارئة لم يكن من الممكن توقعها أو قياس نتائجها. وقد مثل المالكية للقرينة بقولهم: (لأن سأل رب المال تجار بلد تلك السلع هل خسرت في زمان كذا أولا، فأجابوا بعدم الخسارة"

- 4- Penyerahan apa yang ada sebelum berlakunya *'addi*. Umapamanya, berlaku *muḍārabah* venture di dalam bisnes pembinaan rumah (construction). Berlaku *taqṣīr* daripada *muḍārib*, maka *muḍārib* adalah bertanggungjawab untuk memberikan kesemua asset *muḍārabah* venture tersebut kepada *rab al-mal* (bahkan juga kiraan (estimation) tentang harga sebenar asset yang ada sebelum berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr*), walaupun pada hakikatnya berkemungkinan asset-asset tersebut telah meningkat nilainya melebihi modal asal yang diberikan.

Sheikh Dr. Hussein Hassan. berkata⁴³:

⁴¹ Dr Hussein, Isdar al-Sukuk, h.71

⁴² Ibid

⁴³ Dr. Hussein Hamid Hassan, Isdar al-Sukuk bi Mura'at al-Maqasid wa maalati al-'Af'al wa Milkiyyatiha wa dhamanatiha, Buhuth Nadwah al-Barakah, al-Thaniyat wa al-Thalathun lial-Iqtisad al-Islami, 10-11 Ramadhan 1432h- 10-11 Ogos 2011, a;-Tab'at al-Ula, 1432h – 2011 m, h. 67

"لا ينبغي أن يقع الخلاف بين الفقهاء في أن المضارب وفقا لقواعد الضمان العامة يضمن ما يهلك أو يتلف بتعديه أو تفريطه من موجودات المضاربة بمثله إن كان له مثل وبقيته إن كان قيميا، سواء كان التالف أو الهالك هو العين أو المنفعة، سواء قلت قيمة هذه الموجودات أو زادت عن رأس المال المضاربة، لأن راسم المال قد تحول إلي هذه الموجودات و أصبحت مملوكة لأرباب المال أو حملة الصكوك، و حق لمضارب فيها محدود بحصته في الربح بعد ظهوره فيكون ضمانها بالمثل أو بالقيمة بالغة ما بلغت حسب قواعد الضمان"

Beliau kemudiannya menguatkan lagi pandangannya⁴⁴:

".....وفي رأينا أن المضارب يضمن قيمة الموجودات السوقية وإن تضمنت ربحا محققا أو زيادة رأسمالية، إذا خرج علي حكم من أحكام عقد المضاربة، التي فصلته الشريعة، بأن أتي تصرفا أو أبرم عقدا أو اتفاقا لا يجيزه الشرع، أو وقع منه تعد، بأن صدر عنه فعل ترتب عليه هلاك موجودات المضاربة، أو تلفها أو نتجت عنه خسارة أو ضاع بسببه ربح متحقق، أو سلك في إدارته للمشروع سلوكا يتسم بالتقصير ويوصف بالخطأ لا يتوقع من خبراء الاستثمار أمثاله، نتيجة إهمال وعدم اكتراث، و لو لم يقصد أو يتوقع ترتب الضرر عليه مثل بيعه موجودات المضاربة بأقل من ثمن المثل أو شرائها بأكثر من ثمن المثل أو إقراضه مال المضاربة أو تصدقه به، أو كما إذا دفعه دينا ولم يشهد فطالبه به رب الدين مرة أخرى، أو خالف في إدارته للمشروع شرطا أو قيدا أو توجيهها تضمنه عقد المضاربة، أو تضمنته دراسة الجدوى أو نشرة إصدار صكوكها"

⁴⁴ Ibid, hh. 67-68

Dapat difahami daripada nukilan di atas, Sheikh Hussein berpandangan bahawa apabila berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr*, maka *muḍārib* bertanggungjawab untuk memberikan segala harta *muḍārabah* kepada *rab al-mal*, termasuklah harta yang telah berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr*. Ini adalah kerana harta *muḍārabah* pada hakikatnya adalah “hasil” daripada modal yang dilaburkan oleh *rab al-mal*, maka apabila telah berlaku *ta'addi* atau *taqṣīr* ke atas *muḍārabah*, maka harta tersebut mestilah dikembalikan kepada *rab al-mal*, sama seperti situasi *ghasib*. Berkemungkinan bahawa harta yang tinggal tersebut (termasuklah harta yang telah musnah kerana berlakunya *ta'addi* atau *taqṣīr* tersebut) lebih banyak daripada modal asal yang diberikan oleh *rab al-mal*.

Di samping itu, walaupun pada awalan kontraknya, *muḍārib* adalah *amin*, namun apabila dia telah melakukan *ta'addi* dan *taqṣīr*, beliau telah menjadi *dhamin* kepada modal (yang telah bertukar menjadi *asset* di dalam *muḍārabah* tersebut). Dalam hal ini, beliau pada hakikatnya telah menjadi *ghasib*. Apabila beliau menjadi *ghasib*, maka beliau mestilah menjadi *damin* kepada barang yang dirampas, termasuklah manfaat barang yang dirampas tersebut. Di dalam hal ini, keuntungan yang terrealisasi pada hakikatnya ialah manfaat kepada modal, lantaran itu, beliau semestinya membayar modal dan juga keuntungan tersebut⁴⁵.

Pandangan ini juga bersandarkan kepada pandangan mazhab Maliki bahawa apabila *muḍārib* melakukan *ta'addi* ke atas *asset muḍārabah*, maka dia hendaklah menjadi *dhamin* ke atas *asset muḍārabah* (sama ada secara *qimi* atau *mithli*)

Begitu juga, jika sekiranya kita hanya membenarkan *ḍamān* ke atas modal sahaja, ini akan membuka ruang yang amat besar kepada *muḍārib* untuk *ta'addi* apabila ia melihat keuntungan yang besar ke atas *muḍārabah* tersebut, lebih daripada bahagian keuntungan yang akan didapatinya⁴⁶.

6.0 PENGUSAHA DAN RAKAN KONGSI (PEMULA) SUKARELA MEMBERIKAN JAMINAN MODAL.

Jika persoalan sebelumnya menyentuh situasi di mana *ḍamān* adalah di syartkan ke atas *muḍārib*, bagaimana pula jika sekiranya *muḍārib* (atau *mushārik*) bersetuju untuk

⁴⁵ Dr Hussein Hamid Hassan, *Isdar al-Sukuk* h. 69.

⁴⁶ *Ibid*, h. 68

memberikan ḍamān secara sukarela, tanpa ada sebarang pensyaratan di dalam kontrak *muḍārabah* dan *mushārah*.

Situasi ini mungkin berlaku adalah disebabkan pihak pengusaha atau rakan kongsi yang memulakan bisnes sangat ingin mendapatkan modal atau mengajak pelabur untuk turut serta sebagai rakan kongsi, disebabkan atas keyakinan perniagaan yang sedang dilakukannya lalu antara cara termudah untuk memberikan ketenangan serta menarik kesanggupan pemodal bagi menyuntik modal, pihak ini adakalanya memberikan jaminan keselamatan modal dari sebarang kerugian.

Namun begitu, sekadar pembacaan terhad penulis, tidak terdapat sebarang nas secara jelas daripada fuqaha' klasik yang mengharamkan secara langsung pemberian ḍamān secara sukarela daripada *muḍārib* atau *mushārik*. Tidak dinafikan, pemberian ḍamān sebegini sudah tentulah akan menambahkan lagi keyakinan rab al-mal terhadap projek yang akan dilakukan.

Perlu diingatkan, terdapat perbezaan yang agar ketara antara situasi ḍaman secara sukarela dan pensyaratan ḍaman ke atas *muḍārib*. Di dalam kes pensyarat ḍaman, terdapat unsur-unsur paksaan dan ketidakadilan yang mungkin berlaku. Namun, di dalam kes ḍamān secara sukarela, tidak terdapat sebarang unsur kezaliman.

Nukilan klasik terdapat secara jelas di dalam mazhab Maliki dan pandangan yang dikemukakan oleh al-Shawkani.

Di dalam mazhab Maliki, terdapat beberapa nukilan berkenaan dengan perkara ini. Antaranya:

1- Di dalam Mawahib al-Jalil⁴⁷

وفي أول كتاب القراض من حاشية المشدائي المتطوي: لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف

بين الشيوخ فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرف ابن بشير⁴⁸، وقال غيرهما: لا

يجوز ومال إليه ابن سهل، وفي العتبية ما يدل على القولين انظر الوصايا من ابن سهل انتهى كلام المشدائي

⁴⁷ Al-Hattab, Mawahib al-Jalil, juz. 7, h. 447

⁴⁸ Pada hakikatnya beliau adalah Abu Mutrif, Abdullah bin Ahmad bin Sa'id bin Muhammad bin Bashir, spertimana yang dikatakan oleh al-Wansyarisi.

2- Al-Wanshirisi menyatakan⁴⁹:

"أن القاضي أبا المطرف بن بشير أملي عقدا، أن وصيا على مال سفيه دفع ذلك المال قراضا إلي رجل على جزء معلوم، وأملي فيه أن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه، وقد اعترض عليه و أنكر، لكن القاضي لم يحفل بذلك، و احتج بمذهبه و نصره بحجج بسطها، ومسائل استشهد بها، وبهذا قال تلميذه أبو عبد الله بن عتاب، وقال: أراه صوابا".

3- Al-Bannani juga menyatakan⁵⁰:

"لو تطوع العامل بالضمان فذهب ابن عتاب و شيخه أبو المطرف إلي أنه صحيح وذهب غيرهما إلي المنع، ومال إليه ابن سهل.

Jelas daripada nukilan-nukilan ini, isu dan pandangan yang dikemukakan adalah sama oleh mazhab Maliki, iaitulah kepada sebahagian ulama mazhab Maliki, adalah dibenarkan pemberian *ḍamān* secara sukarela oleh *muḍārib*. Pandangan ini tidak pula memberikansebarang hujah di atas kebenaran ini. Namun begitu, kita boleh melakukan takhtij di atas pandangan ini, bahawa ianya dibenarkan kerana dilakukan secara redha, tidak bertentangan dengan muqtada al-‘aqd dan tiada sebarang kezaliman yang berlaku.

Al-Shawkani juga memberikan pandangan yang sama dalam hal ini. Beliau menyatakan⁵¹:

"إِذَا ضَمِنُوا⁵²، ضَمِنُوا لِأَنَّهُمْ قَدْ اخْتَارُوا ذَلِكَ لِأَنفُسِهِمْ، وَالتَّرَاضِي هُوَ الْمَنَاطُ فِي تَحْلِيلِ أَمْوَالِ الْعِبَادِ"

Al-Shawkani di dalam penghujahannya menggunakan dalil umum Shara' (redha) sebagai asas untuk membenarkannya.

Namun begitu, ketiga-tiga nukilan ini tidak pula menyatakan sama ada *ḍamān* secara sukarela ini diberikan semasa akad atau selepas akad. Namun begitu, di dalam al-Bahjah, dinyatakan

⁴⁹ Al-Wansharisi, al-Mi'yar al-Mu'rib, juz, 8, h. 216

⁵⁰ Al-Fath al-Rabbani, dicetak bersama dengan Sharg al-Zarqani, vol 6, p. 389.

⁵¹ Al-Shawkani, Sail al-Jarar al-Mutadaffiq 'Ala Hada'iq al-Azhar, juz. 3, h.217

⁵² Mengikut siyaqal-kalam Shawkani, mereka ialah mudharib, wadi', Wasiy, walik dan multaquit

secara jelas bahawa pemberian *ḍamān* ini adalah berlaku selepas akad, bukannya semasa akad⁵³.

(ويمنع التضمنين) أي : لا يجوز أن يشترط في العقد على العامل ضمان رأس المال إذا تلف أو خسر ، أو أنه غير مصدق إن ادعى ضياعه أو تلفه ، فإن وقع فالشرط باطل . وقوله مقبول في التلف والخسر . ابن القاسم : ويكون فيه على قراض المثل ، ومثل الشرط ما إذا طاع العامل بالضمان قبل أن يشرع لأن العقد غير لازم فهو كاشتراطه في العقد ، فإن طاع بعد الشروع في العمل ففي لزوم غرمه وعدمه قولان لابن عتاب وغيره

Perkara yang sama turut dinaqalkan oleh Ibn Rushd⁵⁴ dan al-Wansharisi⁵⁵, walaupun al-Wansharisi juga meriwayatkan pandangan Shaikh Abu Mutrif yang membenarkan pemberian *ḍamān* secara sukarela ini, walaupun ketika berakad *muḍārabah*.

Namun begitu, majoriti resolusi dari persidangan Fiqh dan pelbagai Majlis Shari'ah Institusi Kewangan Islam berpandangan bahawa jaminan sukarela oleh pihak *'āmil* atau *sharīk* tetap tidak dibenarkan **kecuali** dalam satu keadaan sahaja, iaitu **apabila kerugian telah berlaku dan pada waktu, barulah pihak rakan kongsi jika dalam kontrak *mushārah* dan pihak pengusaha dalam kontrak *muḍārabah*, bersetuju untuk membayar semula semua atau sebahagian kerugian di atas dasar *tabarru'***.⁵⁶ Pun begitu, ia sama sekali tidak boleh disebutkan, dipersetujui atau diisyaratkan **di awal pemeteraian kontrak**.

Begitu juga pandangan Sheikh Mukhtar al-Sullami menyatakan⁵⁷:

"...فلا يجوز اشتراط الضمان علي المضارب في العقد سواء كان هذا الشرط من رب المال أم كان الاشتراط من

المضارب علي نفسه متبرعا لأن ذلك ينافي مقتضي العقد"

⁵³ Al-Bahjah Sharh al-Tuhfah, juz2, h. 238.

⁵⁴ IbnRushd, Tahrir al-Kalam fi Masailal-Iltizam,h. 241

⁵⁵ Al-Wansharisi,Idha al-Masalikila Qawa'idal-Imam Malik, h. 300

⁵⁶ Fatāwa Al-Muḍarabah, Dr Ahmad Muhyiddin Ahmad (penyusun), Dallah Al-Barakah, Jeddah, 1996, hlm 76 ; Ḍawābiṭ al-Shari'yyah li at-tawriq wa tadawul li ashum wal khisas wa al-sukūk, Dr Abd Ghaffar As-Syarif, rujuk <http://www.dralsheerif.net/Print.aspx?SectionID=5&RefID=377>

⁵⁷ Sheikh Muhammad Mukhtar al-Sullami, Sanadat al-Muqaradah wa Sanadat al-Tanmiyyah wa al-Istithmar,Majallah Majma' al-Fiqh al-Islami, bilangan 4, juz. 3, Tahun 1988, , h. 1894,

Pandangan beliau ini umum dan tidak membezakan antara *tabarru'* yang diberikan semasa (atau sebelum) kontrak dimeteri, atau selepas kontrak termeteri⁵⁸.

Sepertimana yang dinyatakan sebelumnya, tiada suatu hujah yang jelas untuk mengharamkan pemberian *damān* secara sukarela oleh *muḍārib*. Bahkan secara qiyasnya adalah dibenarkan, diiklaskan dengan kesanggupan wadi' untuk member *damān* kepada harta wadi'ah. Asas redha di dalam 'aqad juga menguatkan kebenaran ini. Inilah yang dijadikan hujah oleh al-Shawkani. Walaupun terdapat pandangan yang tidak membenarkan, hujah yang diberikan ialah kerana ditakuti pemberian *damān* secara sukarela tersebut adalah pada hakikatnya tidak secara sukarela, bahkan terdapat unsur-unsur terpaksa, demi untuk mendapatkan modal. Dan ini mungkin membawa kepada pelanggaran muqtada al-'aqd sepertimana yang dinyatakan oleh Sheikh al-Sullami.

Pun begitu, Dr. Muhammad 'Ali El-Ghari mengkritik bahawa hal yang sebegitu adalah hampir tidak logik dan sukar digambarkan wujudnya di dalam dunia korporat hari ini. Hasilnya beliau mencadangkan agar jaminan sukarela selepas pemeteraian aqad ini diterima berdasarkan pandangan yang lebih ringan dari ulama Maliki walaupun terdapat khilaf di kalangan mereka. Namun jika keharusan diberikan, terdapat beberapa syarat yang mesti ditepati iaitu⁵⁹:-

- a- *Tabarru'* itu mestilah benar-benar (*tabarru'an haqqan*).
- b- Tiada paksaan atau tuntutan ke atas penjamin kerana ia serupa hibah yang belum sah kecuali dengan *qabḍ*. Justeru, jika kemudiannya penjamin menarik diri, pihak pelaburan tidak boleh menuntutnya.
- c- Tiada terlerainya kontrak pelaburan dengan terlerainya jaminan ini.

Jaminan bentuk ini juga berkemungkinan boleh dilakukan di antara anak syarikat dan induknya. Sebagai contoh, syarikat induk memberi pinjaman kepada anak syarikat yang menguruskan pelaburan di waktu kerugian dengan mengenakan syarat *interest* ke atas pinjaman yang diberikan, namun adakah ini diharuskan?

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ At-Tahawwuṭ al-badilah 'an al-ḍamān fī al-Mushārakāt wa al-Sukūk al-Istihmāriyah, Dr Md Ali Al-Ghari, Hawliyah al-barakah, 2008, hlm 319

Sebahagian cendekiawan seperti Dr. Rafiq Masri, Dr. Zaki Badawi berpandangan ianya diharuskan selagi mana seluruh sumber kewangan dan penghasilan akan kembali kepada kumpulan yang sama.⁶⁰

Terdapat kemungkinan keharusan tersebut diambil dari hadis:

أنت ومالك لأبيك

Ertinya: “Engkau dan hartamu adalah milik bapamu” (Riwayat Ibn Majah, Ahmad dan Abu Daud)

Boleh difahami dari hadis di atas adalah semua aset dan tanggungan kewangan anak syarikat adalah juga milik dan tanggungan syarikat induk, atas dasar tersebut tiada di antara mereka riba menurut pandangan sebahagian cendekiawan selain Hanafi.⁶¹ Manakala mazhab lain tidak menyebut secara jelas pendirian mereka, demikian menurut pengkaji seperti Dr. Rafiq.⁶²

Jika keadaan itu sukar, majoriti cendekiawan kontemporari mencadangkan alternatif jaminan diberikan oleh pihak ketiga.

Pandangan terpilih

Penulis berpandangan hujah asal kebenaran adalah lebih kuat untuk dinilai. Namun begitu pengamalannya pada masakini memerlukan penilaian yang teliti untuk mengelakkan daripada berlakunya hilah untuk *ḍamān* kepada kontrak *muḍārabah* atau *mudharakah*. Pihak bank mungkin akan menggunakan cara ini secara tidak langsung untuk meyakinkan para pendepositor untuk menandatangani duit mereka ke bank. Dalam modal teroka pula, berkemungkinan promoter atau sponsor menghadapi situasi modal yang mendesak, lalu mereka terdesak untuk memberikan *ḍamān* secara sukarela. Inilah yang mungkin menjadikan reality yang berlaku berbeza dengan hokum yang sepatutnya. Oleh kerana itu, penulis berpandangan *ḍamān* secara sukarela ini mestilah memenuhi dua syarat utama:

- 1- Ianya berlaku selepas kontrak *muḍārabah* dan *mushārah* terlaksana dan tidak seharusnya berlaku sebarang janji (atau seumpamanya), sama ada secara langsung atau tidak, yang boleh memberikan perasaan kepada *rab al-mal* bahawa *muḍārib* akan memberikan jaminan modal kemudiannya

⁶⁰ Al-Jami' Fi Usul Al-Riba, Dr Rafiq Al-Masri, Dar Al-Qalam, Dimashq, 2001, hlm 199

⁶¹ Al-Mabsut, Al-Sarakhsi, 14/60

⁶² Al-Jami' Fi Usul Al-Riba, hlm 199

- 2- Pemberian *ḍamān* secara sukarela ini mestilah dibuat di luar daripada kontrak muḍārabah dan *mushārah* yang dimeterai.

7.0 SUASANA DI MANA MUḌĀRIB YUDHARIB.

Terdapat kekeliruan berkenaan dengan situasi ini. Kekeliruan ini timbul hasil daripada salah faham berkenaan dengan tulisan Ibn Rushd. Dr. Sami Hamud⁶³ sebagai contohnya berpandangan *muḍārib* mushtarak adalah bertanggungjawab untuk menjamin modal apabila berlakunya kerugian atau kerosakan, jika sekiranya beliau telah menggunakan modal muḍārabah yang diserahkan kepadanya, dengan menyerahkannya kepada *muḍārib* yang kedua. Perkara inidikenali sebagai *muḍārib yuḍārib*. Ibn Rushd telah dinuqilkan sebagai berkata⁶⁴:

"ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه أن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر، أنه ضامن إن كان خسران"

Pada hakikatnya, Ibnu Rushd cuba menyatakan bahawa apabila seseorang *rab al-mal* menyerahkan modalnya kepada *muḍārib*, lalu *muḍārib* tersebut menyerahkan modal tersebut untuk bermuḍārabah dengan *muḍārib* yang kedua, tanpa izin *rab al-mal*, maka beliau pada mas tersebut telah melakukan *ta'addi*. Oleh kerana itulah, beliau mesti menjadi dhamin kerana telah melakukan *ta'addi*. Namun jika sekiranya penyerahan modal untuk muḍārabah kedua tersebut adalah dengan izin *rab al-mal* (dalam muḍārabah yang pertama), maka beliau tidak melakukan *ta'addi*, dan pemberian *ḍamān* adalah tidak dibenarkan.

IRTI telah menerbitkan sebuah buku untuk membetulkan pemahaman yang salah ini. Di dalam buku tersebut dinyatakan⁶⁵:

⁶³ Sami Hamud, *Tatwir al-A'mal al-Masrafiyyah* Bima Yattafiqu Wa al-Shari'ah al-Islamiyyah, hh. 444-449.

⁶⁴ Ibn Rushd al-Hafid, *Bidayat al-Mujtahid*, juz 2, hh.229-230

⁶⁵ IRTI, *al-Mudharabah fi al-Fiqh al-Islami*, h. 33

" وهذا الفهم لنص ابن رشد غير صحيح, لأن الذي لم يختلف علماء الأمصار في تضمينه هو الذي يدفع مال المضاربة مضارب آخر من غير إذن رب المال. أما المضارب الذي يدفع المال لمضارب آخر بإذن رب المال فلم يختلف الفقهاء الذين أجازوا له العمل في عدم ضمانه".

Dr El-Gari telah meringkaskan pandangan yang sebenar. Beliau berkata⁶⁶:

"لا يضمن المضارب رأس مال الوديعة على أساس أنه مضارب دفع مال المضاربة إلى رب مال آخر إلا إذا كان فعله ذلك بغير إذن أو رضا رب المال، ولم يكن ثمة عرف في المسألة".

8.0 PENSYARATAN *ḍAMĀN* KE ATAS *MUḍĀRIB* DAN *MUSHĀRIK*

Walaupun pada dasarnya, *ḍamān* hanya dikenakan ke atas *muḍārib* dan *mushārik* apabila berlakunya *ta'addi* dan *taqṣīr*, adakah dibenarkan untuk disertakan syarat berkenaan dengan *ḍamān* oleh *muḍārib* dan *mushārik*. Perbincangan ini amat luas dan pada hakikatnya memerlukan penelitian yang mendalam. Namun begitu, penulis akan cuba membincangkannya secara yang ringkas, insya Allah.

Setiap kontrak yang berbentuk 'uqud musammah adalah kontrak yang telah ditentukan muqtada aqadnya. Sebagai contohnya, di dalam perkahwinan, apabila sempurnanya kontrak perkahwinan, maka implikasinya datang sekali bersama kontrak tersebut. Antaranya ialah, halalnya persetubuhan, wajibnya ketaatan seorang isteri kepada suami, perlunya isteri mengikut suami untuk tinggal bersama, wajibnya nafkah, sabit nasab dan seumpamanya. Di dalam kontrak jualbeli pula, barang yang dijual akan dipindahmilikkan kepada pembeli. Begitu juga dengan hak dan tanggungjawab ke atas barangan tersebut. Dalam sewaan umpamanya, hak untuk memiliki manfaat barangan sewaan tersebut berpindah kepada penyewa. Namun tanggungjawab barangan tersebut kekal ke atas tuanpunya barang. Ini adalah secara umumnya. Dr Nazih Hammad menyatakan bahawa inilah kandungan "al-'aqd al-mutlak" sebelum berlakunya perubahan yang dibawa oleh syarat yang dimasukkan kemudiannya oleh

⁶⁶ Dr Muhammad Ali El-Gari, *Dhaman al-Masraf al-Islami li al-Wada'i al-Istithmariyyah*, h. 62

pihak yang berkontrak⁶⁷. Pada hakikatnya, ulasan beliau ini adalah berpandukan pandangan yang dikemukakan oleh Ibn Taymiyyah

Ibn Taymiyyah berkata⁶⁸:

" إِنَّ الْعَقْدَ لَهُ حَالَانِ: حَالُ إِطْلَاقٍ وَحَالُ تَقْيِيدٍ ، ففَرَّقَ بَيْنَ الْعَقْدِ الْمَطْلُوقِ وَبَيْنَ الْمَعْنَى الْمَطْلُوقِ مِنَ الْعُقُودِ ، فَإِذَا قِيلَ: هَذَا شَرْطٌ يَنَافِي مَقْتَضَى الْعَقْدِ ، فَإِنْ أُرِيدَ بِهِ: يَنَافِي الْعَقْدَ الْمَطْلُوقَ ، فَكَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ زَائِدٌ ، وَهَذَا لَا يَضُرُّهُ . وَإِنْ أُرِيدَ: يَنَافِي مَقْتَضَى الْعَقْدِ الْمَطْلُوقِ وَالْمَقْيُودِ احْتِجَاجٌ إِلَى دَلِيلٍ عَلَى ذَلِكَ وَإِنَّمَا يَصِحُّ هَذَا إِذَا نَافَى مَقْصُودَ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ الْعَقْدَ إِذَا كَانَ لَهُ مَقْصُودٌ يَرَادُ فِي جَمِيعِ صُورِهِ ، وَشَرْطٌ فِيهِ مَا يَنَافِي ذَلِكَ الْمَقْصُودَ ، فَقَدْ جُمِعَ بَيْنَ إِثْبَاتِ الْمَقْصُودِ وَنَفْيِهِ ، فَلَا يَحْصُلُ شَيْءٌ ، وَمِثْلُ هَذَا الشَّرْطِ بَاطِلٌ بِالِاتِّفَاقِ ، بَلْ هُوَ مَبْطُلٌ لِلْعَقْدِ عِنْدَنَا ، وَالشَّرُوطُ الْفَاسِدَةُ قَدْ تَبَطَّلَ لَكُونُهَا قَدْ تَنَافَى مَقْصُودُ الشَّارِعِ ، مِثْلُ اشْتِرَاطِ الْوَلَاءِ لِغَيْرِ الْمُعْتَقِ ؛ فَإِنْ هَذَا لَا يَنَافِي مَقْتَضَى الْعَقْدِ وَلَا مَقْصُودَهُ ، فَإِنَّ مَقْصُودَهُ الْمَلِكُ ، وَالْعَتَقُ قَدْ يَكُونُ مَقْصُودًا لِلْعَقْدِ ، فَإِنْ اشْتَرَاءَ الْعَبْدَ لَعَتَقَهُ يَقْصِدُ كَثِيرًا . فَثُبُوتُ الْوَلَاءِ لَا يَنَافِي مَقْصُودَ الْعَقْدِ ، وَإِنَّمَا يَنَافِي كِتَابَ اللَّهِ وَشَرْطُهُ ؛ كَمَا بَيْنَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِقَوْلِهِ : " كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ " فَإِذَا كَانَ الشَّرْطُ مُنَافِيًا لِمَقْصُودِ الْعَقْدِ كَانَ الْعَقْدُ لَعْوًا . وَإِذَا كَانَ مُنَافِيًا لِمَقْصُودِ الشَّارِعِ كَانَ مُخَالِفًا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ . فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَمَلْ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَعْوًا ، وَلَا اشْتَمَلَ عَلَى مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ، فَلَا وَجْهَ لِتَحْرِيمِهِ ، بَلِ الْوَاجِبُ حَلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ عَمَلٌ مَقْصُودٌ لِلنَّاسِ يَحْتَاجُونَ إِلَيْهِ ، إِذْ لَوْلَا حَاجَتُهُمْ إِلَيْهِ لَمَا فَعَلُوهُ ؛ فَإِنْ الْإِقْدَامُ عَلَى الْفِعْلِ مَظْنَةُ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . وَلَمْ يَثْبُتْ تَحْرِيمُهُ ، فَيَبَاحٌ ؛ لِمَا فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مِمَّا يَرْفَعُ الْحَرَجَ " .

Ibn Taymiyyah di dalam nuqilan ini cuba membezakan dua perkara di dalam menentukan konsep muqtada al-‘aqd. Pada beliau, konsep muqtada al-‘aqd ialah “al-ma’na al-mutlaq” daripada akad yang tidak dibolehkan untuk diubah. Sebagai contohnya, berlakunya jualbeli, tetapi tidak berlaku perpindahan barang dan harga, atau berlakunya pernikahan tetapi tidak dibolehkan persetubuhan. Itu adalah “al-ma’na al-mutlaq” daripada akad. Sebarang

⁶⁷ Dr nazih Hammad, Mada Sihhat Tadmin Yad al-Amanah bi al-Shart, Qadaya Fiqhiyyah fi al-Mal wa al-Iqtisad, h. 402.

⁶⁸ Majmu’ al-Fatawa, juz 29, h. 155

pensyaratan untuk membatalkannya adalah tidak dibenarkan. Namun begitu kandungan al-‘aqd al-mutlak adalah suatu perkara yang terbuka untuk sebarang taqyid. Pada hakikatnya, sebarang pensyaratan oleh pihak-pihak yang berkontrak adalah pada hakikatnya merupakan cubaan untuk menjaga kepentingan pihak-pihak yang berkontrak.

Walaupun majoriti ulama membenarkan kemasukan syarat di dalam kontrak, namun terdapat perbezaan yang amat luas antara mereka. Pada hakikatnya, perbincangan tentang perkara ini amatlah panjang⁶⁹. Memadailah untuk kita menyatakan bahawa pandangan mazhab Ḥanbali secara umum dan Ibn Taymiyyah secara khusus adalah pandangan yang paling terbuka di dalam menerima kemasukan syarat di dalam akad⁷⁰.

Sebagai contohnya, di dalam kontrak jual beli, adalah *muqtada al-‘aqd* (al-ma’na al-mutlaq) secara asasi untuk berlakunya pertukaran barang (kepada pembeli) dan harga (kepada penjual). Ini adalah *muqtada al-‘aqd* secara asasi dan tidak boleh diubah. Jika berlaku sebarang perjanjian untuk menghalang daripada berlakunya efek ini, maka kontrak adalah terbatal. Namun begitu, di samping efek asasi ini, kontrak jual beli yang merupakan suatu al-‘aqd al-mutlaq juga menerima pensyaratan oleh pihak yang berjualbeli untuk membuat taqyid kepada beberapa aspek mutlaq ini. Pandangan ini dapat dilihat di dalam mazhab Ḥanbali, tidak di dalam mazhab yang lain. Umpamanya:

- a. Penjual boleh mensyaratkan bahawa jika pembeli berniat untuk menjual barangan tersebut, maka penjual mestilah mempunyai hak untuk membelinya (*first right of refusal*). Jika dipersetujui, maka pembeli tidak boleh menjual kepada orang lain.
- b. Penjual boleh menjual barangan dan mensyaratkan bahawa ia akan tetap menggunakan barangan tersebut dalam jangka masa tertentu.
- c. Penjual boleh menjual sesuatu hartanah kepada pembeli dengan syarat ianya mestilah diwaqafkan, menjual hamba dengan syarat untuk dimerdekakan⁷¹

Bertitiktolak daripada perbincangan ini, fukahak berbeza pandangan di dalam membenarkan pensyaratan *ḍamān* ke atas *muḍārib* (dan *mushārik*) di dalam kontrak yang termeteri.

⁶⁹ Sila lihat: al-Zarqa’, al-Madkhal al-Fiqh al-‘Am, vol. 1, p. 537-583, al-QurrahDaghi, Mabda’ al-ridha fi al-‘Uqud, vol 2, pp. 1140 – 1196, Syubayr, al-Madkhal ila Fiqh al-Muamalat al-Maliyyah, 251-266

⁷⁰ Untuk lebih lanjut, lihat: al-Dharir, al-Gharar wa atharuhu fi al-Uqud fi al-Fiqh al-Islami, pp. 30 dan seterusnya, Muhammad Yusuf Musa, al-Amwal wa Nazariyyat al-‘Aqd fi al-Fiqh al-Islami, pp. 376 – 399, Muhammad Uthman Syubayr, al-Madkhal ila Fiqh al-Muamalat al-Maliyyah, pp. 251-267

⁷¹ Sila lihat perbincangan ini dengan lebih mendalam di dalam: Aznan Hasan: Aplikasi Tanazul Di Dalam Kewangan Islam, h. 20.

Pandangan yang pertama merupakan pandangan majority daripada ulama silam daripada Hanafiah⁷², Malikiyyah⁷³, al-Shafi'iyyah⁷⁴ dan Hanabilah⁷⁵, dan ia juga merupakan pandangan Majma' al-Fiqh al-Islami⁷⁶, dan Piawaian Syariah AAOIFI. Secara umumnya, pandangan ini berhujah berdasarkan muqtada al-'aqd bahawa kontrak muḍārabah adalah kontrak amanah dan sebarang perkara yang merubah kondisi ini adalah tidak dibenarkan. Begitu juga, kondisi muḍārabah ialah berlakunya perkonsian risiko untung dan rugi, dan sebarang pensyaratan merubah perkara tersebut dari awal kontrak pada hakikatnya merubah nature kontrak muḍārabah dan *mushāarakah*.

Namun begitu sebahagian ulama silam dan masakini berpandangan adalah dibenarkan untuk dibuat pensyaratan sebegitu. Antaranya ialah al-Shawkani, Ibn Taymiyyah dan Sheikh Dr Nazih Hammad dengan syarat pensyaratan tersebut tidak menjadi helah kepada qard ribawi

Ibn Taymiyyah berkata⁷⁷:

" فأما اشتراط عود مثل رأس المال فهو مثل اشتراط عود الشجر والأرض . وفي اشتراط عود مثل البذر كلام ذكرته في غير هذا الموضع "

Beliau juga berkata berkenaan dengan pensyaratam jaminan pengembalian benih di dalam bab muzara'ah⁷⁸:

" وإذا شرط صاحب البذر يأخذ مثل بذره، ويقتسما الباقي جاز كالمضاربة "

Dr Nazih berkata⁷⁹:

" فبناء علي ما تقدم، فإنه يترجح في نظري جواز اشتراط الضمان علي الأمانة، و أنه صحيح ملزم، إذا لم يؤد ذلك الشرط إلي تفريغ عقد الأمانة، و تعريضه عن حقيقته، ةاتخاذ ذريعة إلي التعامل بالربا. فإن ترتب عليه ذلك "

⁷² Al-Kasani, Bada'i al-Sana'i, juz8, h.27

⁷³ Al-Dasuqi, Hashiyah al-Dasuqi 'ala al-sharh al-kabir, juz5, h. 248

⁷⁴ Al-Sharbini, Mughni al-Muhtaj, juz 3, h. 370

⁷⁵ Ibn Muflih, al-Mubdi' Sharh al-Muqni', juz. 4, h. 382

⁷⁶ Daurah ke13

⁷⁷ Ibn Taymiyyah, Majmu' al-Fatawa, juz30, h. 105

⁷⁸ Ikhtiyarat Ibn Taymiyyah

⁷⁹ Dr Nazih Hammad, Mada Sihhat Tadmin, h. 408.

كان اشتراط الضمان علي الأمين حراما باطلا، كسائر الحيل المذمومة التي تهدف إلي إبطال مقصود الشارع في أحكامه، إذ (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني)، والمطلوب من الأوامر والنواهي حقائقها وأرواحها ومقاصدها، لا مجرد صورها وأشباحها ورسومها"

Pandangan terpilih

Pada pandangan penulis, walaupun hujah-hujah yang dikemukakan oleh Dr Nazih mempunyai wujud dilalahnya dan masih boleh dibincangkan, namun jika kita membenarkan pensyaratan *ḍamān* ke atas *muḍārib* (atau *mushārik*), kemungkinan akan berlakunya perkara yang dirisaukan oleh Dr Nazih adalah amat tinggi. Maka *muḍāribah* dan *mushārah* akan hilang sifat utamanya (perkongsian untung dan rugi) lantaran *ḍamān* yang diberikan oleh *phakmuḍārib* (atau *mushārik*).

9.0 PURCHASE UNDERTAKING (AL-WA'D BI AL-BAI')

Di antara wasilah yang digunakan untuk *credit enhancement* ialah janji diberikan oleh *muḍārib* untuk membeli semula sukuk (asset yang mendasari sukuk) atau *sharab al-mal* atau *mushārik*. Oleh kerana ini merupakan suatu praktis yang baru, sudah pasti kita tidak akan mendapat suatu perbincangan yang langsung daripada ulama zaman silam. Oleh kerana itu, perbincangan adalah lebih kepada hujah-hujah yang dikemukakan pada masa kini.

Terdapat dua pandangan yang berbeza di dalam hal ini. Pandangan majoriti ulama mas kini adalah tidak membenarkan purchase undertaking jika sekiranya harganya ialah par value (harga par)⁸⁰. Pandangan ini juga merupakan pandangan Majma' al-Fiqh al-Islami⁸¹ dan juga Piawai Syariah AAOIFI⁸². Piawai Syariah AAOIFI menyatakan:

⁸⁰ Antaranya ialah: Sheikh al-Darir, Sheikh Abu Ghuddah, Dr Ali Muhyiddin al-Qurrah Daghi, Sheikh Taqi Uthmani.

⁸¹ Qarar no. 122 (5/13). Majallat al-Majma', bil 13, juz3, h. 295

⁸² AAOIFI, h. 220

"يجوز إصدار أحد الشريكين وعدا ملزما يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيا من خلال عقد بيع عند الشراء و بحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية." "يجوز إصدار أحد الشريكين وعدا ملزما يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيا من خلال عقد بيع عند الشراء و بحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية."

Namun begitu, terdapat sebahagian ulama yang membenarkan purchase undertaking walaupun atas par price. Antaranya ialah Sheikh Hussein Hamid Hassan⁸³ dan Dr Abdul Salam al-'Ubbadi⁸⁴.

Perlu dingatkan bahawa ulama bersetuju bahawa *ḍamān* ke atas modal atau keuntungan adalah tidak dibenarkan di dalam *muḍārabah* dan *mushārah*. Namun begitu, para ulama berbeza di dalam menentukan sama ada pemberian purchase undertaking itu pada hakikatnya membawa kepada jaminan modal dan keuntungan atau tidak. Kumpulan yang kedua berpandangan pemberian purchase undertaking di atas harga par tidak membawa kepada *ḍamān* modal kerana:

- 1- Syarat *ḍamān* modal berlaku di setiap masa, termasuklah ketika berlakunya situasi kerosakan kepada asset sukuk, manakala purchase undertaking untuk membeli kembali asset sukuk hanya akan berlaku apabila asset tersebut masih ada⁸⁵.
- 2- Begitu juga ketika berlakunya kerosakan sebahagian, dhamin mestilah menggantikan bahagian yang rosak tersebut, tetapi tidak di dalam purchase undertaking⁸⁶.
- 3- *ḍamān* yang dianggap berlaku dengan pemberian purchase undertaking untuk membeli kembali dengan harga par akan hanya berlaku apabila pembelian tersebut berlaku pada harga par, dan perkara ini mestilah berlakudalam setiap keadaan (untuk

⁸³ Dr Hussien Hamid Hassan, Dirasah Hawla Mawdu' ba'd Jawanib al-Sukuk al-Mu'asirah. www.hussein-hamid.com/pagedetails.aspx?id=112

⁸⁴ Sanadat al-Muqaradah, Majallat al-Majma', bil. 4, juz 3, h. 1994

⁸⁵ Dr Hussien, Dirasah Hawla Mawdu' ba'd Jawanib al-Sukuk al-Mu'asirah, Dr. Hussein, Isdar al-Sukuk, h. 72

⁸⁶ Ibid

kita menyatakan daman telah berlaku). Namun hakikatnya perkara ini adalah berbeza dengan sifat purchase undertaking kerana⁸⁷:

- a. Asset pendasar sukuk berkemungkinan rosak (sama ada keseluruhan atau sebahagian). Disebabkan itu ,jualbeli tersebut tidak akan berlaku,walaupun pihak pemegang sukuk meminta pemberi purchase undertaking untuk membeli kerana pembelian sesuatu yang ma'dum adalah tidak dibenarkan.
 - b. Purchase Undertaking itu hanya diberikan olehsatu pihak sahaja. Secara teorinya, jualbeli tersebut tidak akan terlaksana jika sekiranya pihak yang menerima purchase undertaking tidak mahu melaksanakannya.
- 4- Pemberi purchase undertaking tidaklah mulzim untuk melaksanakan janjinya. Jika sekiranya dia enggan untuk melaksanakan janjinya untuk membeli (sepertimana yang terkandung di dalam purchase undertaking), pihak penerima w'ad tidak berhak untuk memaksanya membeli asset tersebut. Apa yang boleh dilakukannya ialah menjual asset tersebut di pasaran dan meminta kerugian hasil jualan tersebut (jika ada) daripada pemberi purchase undertaking. Jika tiada sebarang kerugian, maka beliau tidakada hak untuk meminta sebarang gantirugi⁸⁸.
- 5- Tidak menjadi kesalahan kepada kedua-dua pihak untuk bersetuju (secara janji) berjualbeli pada masa hadapan dan mereka juga bersetuju untuk menjadikan sesuatu harga sebagai harga jualan. Ini termasuk di dalam masalah redha pihak-pihak berkontrak. Bahkan ini hampir menyerupai al-bay bimayanqati'u bihial-si'r darisudut harganya yang hanya akan diketahui kemudian. Di sini terdapat juga risiko perubahan harga asset tersebut, Jadi kedua-dua pihak mengambil risiko. Tambahan pulak, terdapat risiko bahawa pelaburan tersebut tidak membuahkan hasil⁸⁹.
- 6- Terdapat amalan yang hampir sama dengan situasi sukuk sebegini,iaitulah musharkah mutanaqisah⁹⁰.

⁸⁷ Ibid

⁸⁸ Ibid

⁸⁹ Al-Ubbadi, Sanadat al-Muqaradah, bil 4, juz 3, h. 1994

⁹⁰ Ibid, h. 1995

8.0 JAMINAN PIHAK KETIGA DALAM KONTRAK *MUSHĀRAKAH* DAN *MUḌĀRABAH*.

Sebelum gambaran jelas dalam hal ini dapat diperolehi, beberapa perkara terlebih dahulu mesti dijelaskan seperti berikut:-

a. Definisi pihak ketiga

Dr Abd Sattar Abu Ghuddah menjelaskan takrif pihak ketiga sebagai :-

أجنبي عن جهة الإدارة وعن المشاركين : حملة الصكوك أو المستثمرين

Ertinya : Terasing dari pihak yang menguruskan dan peserta ; iaitu pemegang sukuk atau pelabur⁹¹.

Namun beliau tidak menjelaskan lanjut perincian erti kepada maksud (*jihat al-idarah*) menjadikan ia merangkumi pengurusan dari pihak:-

- *Issuer*; biasanya pihak pemilik aset dan projek *mushārah* atau *muḍārah*,
- *Obligor*; pemilik projek dan aset yang bertanggungjawab melunaskan pembayaran keuntungan kepada pemegang sukuk)
- *Arranger*; biasanya pihak bank yang dilantik untuk menguruskan dan menstrukturkan produk pelaburan.
- *Special purpose company* atau *vehicle (SPC)*; biasanya syarikat yang ditubuhkan sendiri oleh pihak issuer bagi tujuan penerbitan sukuk atau mungkin juga ditubuhkan oleh pihak ketiga, dan satu lagi adalah
- *Trustee*; yang biasanya berfungsi sebagai pemegang amanah terhadap urusan kewangan sukuk.

Berdasarkan kepada resolusi majma' al-Fiqh ada disebutkan

عن طرفي العقد

Ertinya: dari kedua-dua belah pihak yang beraqad.

⁹¹ Al-Makhāṭir fi al-ṣukūk wa Mawqif al-Sharī'ah min Ḍamāniha, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Nadwah al-Sukuk al-Islamiyyah, 24-25 May 2010, Jeddah, hlm 261

Dari kefahaman ini, *arranger*, *trustee* dan *SPC* boleh termasuk atau tidak di dalam takrif di atas adalah berdasarkan peranan dan penyertaannya, sama ada hanya berfungsi selaku penstruktur atau juga *'āmil* dan *sharīk*.

Berdasarkan pandangan penulis, tidak semua pihak yang menguruskan akan secara automatik ditegah dari memberikan jaminan ke atas pelaburan dan bisnes *mushārah* ini, semua perlu dirujuk kepada peranan mereka. Juga boleh disimpulkan bahawa yang terlibat dalam definisi 'pihak yang menguruskan' adalah semua pihak sama ada dari kalangan pemberi modal dan juga pengusaha *'āmil* (jika *muḍārah*), dan semua penyuntik modal selaku rakan kongsi sesama mereka atau *sharīk* (dalam *mushārah*).

Pokoknya, mana-mana pihak yang mempunyai pemilikan langsung dan tidak langsung melebihi separuh atau 50 peratus di dalam projek *mushārah* atau *muḍārah* adalah termasuk di dalam larangan. Semua pihak ini ditegah dari memberikan jaminan disebabkan mereka tidak menepati syarat bagi diiktiraf sebagai 'pihak ketiga' yang dibenarkan membuat jaminan. Di dalam contoh semasa bermakna, syarikat induk tidak boleh membuat jaminan ke atas projek pelaburan yang diurus oleh anak syarikatnya, begitu juga sebaliknya.

Menurut business dictionary, *third party* beerti "*Someone who may be indirectly involved but is not a principal party to an arrangement, contract, deal, lawsuit or transaction.*"⁹²

Daripada definisi yang diberikan pihak ketiga kepada pihak pelabur dan pengusaha adalah satu pihak lain yang bukan pengusaha dan bukan juga pelabur, tetapi mempunyai kepentingan secara tidak langsung kepada kontrak dimeterai oleh kedua pihak tadi.

Kepentingan itu boleh datang dalam pelbagai bentuk:

- Pihak ketiga adalah penerima manfaat secara langsung atau tidak langsung dari projek yang dilaksanakan. Dalam situasi yang jarang-jarang berlaku ini, namun berkemungkinan pihak ketiga adalah Kerajaan atau Kementerian Kewangan, yang mana mereka akan memperolehi manfaat tidak langsung atas projek pembangunan di dalam wilayahnya. Boleh jadi juga ia adalah Bank Pusat yang ingin masuk campur demi kepentingan perancangan ekonomi dan kewangan di dalam Negara masing-masing. Berdasarkan resolusi yang dibentang tadi, jelas bahawa tindakan ini adalah harus.

⁹² <http://www.businessdictionary.com/definition/third-party.html>

- Atau mereka adalah kontraktor sampingan yang bakal mendapat manfaat dan tender atas kejayaan projek asal dilaksanakan. Atau dibimbangi kegagalan sesuatu projek *mushārah* atau *muḍārah* ini akan memberikan kesan buruk tidak langsung kepada bisnis utama syarikatnya. Tindakan ini juga harus selagi mana tiada jatuh dalam kategori rasuah. Namun ia amat jarang di alam nyata.
- Atau mereka adalah syarikat khas yang memberikan jaminan kepada risiko pelaburan dengan mengenakan upah atas komitmen tanggungan risiko yang diberikan. Hal ini termasuk di dalam perbincangan pengambilan upah di atas jaminan kewangan yang akan dibentangkan selepas ini.

b. Syarat-syarat jaminan pihak ketiga

Sebagaimana dinyatakan sebelum ini, jaminan pihak ketiga dibenarkan dengan syarat-syaratnya. Ianya seperti berikut :-

Pertama: Pihak ketiga bebas dan terasing dari kedua belah pihak yang beraqad.

Pihak ketiga mestilah bebas dari kepentingan, kaitan dengan projek dan kontrak *mushārah* dari sudut undang-undang, tanggungan kewangan agar tiada syubhat kepada berlakunya jaminan pemilik perusahaan terhadap modal pelabur.

Mustanad: Syarat ini dipersetujui atas dasar mengelakkan timbul elemen rakan kongsi menjamin *sharīk* yang lain, melalui syaraikat penama yang dibawah pemilikannya. Keadaan ini walau dilaksanakan secara *tarāḍhi* akan mengakibatkan ketidakadilan dalam kontrak *mushārah* terbabit dan memudaratkan satu pihak⁹³. Ia juga membuka ruang satu pihak memakan harta yang lain secara bathil.⁹⁴ Selain itu, kebebasan dan pihak ketiga itu tidak boleh dianggap sebagai ‘ketiga’ yang *mustaqil*. Kesannya, jaminan sebegini hanya akan merosakkan kontrak amānah yang asalnya tidak boleh diberikan jaminan modal.

Diriwayatkan di dalam satu hadis:

لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْذَعِ ضَمَانٌ

⁹³ Dāmānāt As-Sukūk Al-Islāmiyyah, Dr. Hamzah Hussain Al-Syarif, Nadwah al-Sukuk al-Islamiyyah, 24-25 May 2010, Jeddah, hlm 254-256, hlm 273

⁹⁴ Buhūth Fi Al-Iqtisād al-Islāmi, Dr. Ali Muhydin Al-Qurrah Daghi, Dar al-Basha’ir Al-Islamiyyah, Beirut, 2002, hlm 239

Ertinya : Tiada ke atas orang yang diminta simpan (penyimpan) jaminan. (Riwayat Al-Bayhaqi)

Diriwayatkan dari kata Sayyidina Ali :-

لا ضمان على من شورك في الربح

Ertinya : “Tiada jaminan ke atas sesiapa yang dikongsi keuntungan dengannya.”⁹⁵

Rasional mengapa 50 peratus diletakkan sebagai kayu ukur bagi menentukan kebebasan dan keterasingan entiti dari sesuatu projek, adalah kerana berdasarkan uruf perniagaan, pemilikan melebihi 50 peratus adalah digelar *major shareholder*⁹⁶ yang mempunyai kuasa pembuat keputusan, tanggungan kejayaan dan kerugian serta menjadi indikator kepada prestasi syarikat⁹⁷. Malah mereka juga mempunyai kuasa penuh untuk mengawal syarikat termasuk menggantikan ahli lembaga pengarah syarikat.⁹⁸ Semua keistimewaan tersebut dimiliki melebihi pemegang saham yang lain yang digelar *minority shareholders*. Atas asas tersebut, pemilikan melebihi 50 % menyebabkan ia tidak boleh dianggap sebagai pihak berasingan dari pelaburan.

Kedua : Tiada upah di atas jaminan yang diberi.

Resolusi majoriti meletakkan syarat agar pihak ketiga yang menjamin tidak menerima sebarang upah atau fee atas jaminan yang diberikan. Namun begitu, hal ini diperdebatkan di kalangan cendekiawan Shari'ah silam dan kontemporari.

Mustanad: Sandaran syarat ini adalah seperti berikut:-

- a. Upah yang diberikan terhadap jaminan kerugian akan datang lalu menyebabkan pihak penjamin bertanggung-jawab untuk membayar seluruh atas satu juz' dari nilai kerugian. Bayaran tersebut boleh dilihat sebagai hutang yang datang terkemudian (mu'akhar), manakala bayaran upah yang diberikan oleh yang menerima jaminan pula akan ditakyif sebagai riba *muqaddam* kerana ia merupakan lebihan ke atas hutang yang bakal diberikan.^{99 100}

⁹⁵ Al-Mughni, Ibn Qudāmah, 5/32

⁹⁶ <http://www.businessdictionary.com/definition/majority-shareholder.html>

⁹⁷ <http://www.investopedia.com/terms/p/principal-shareholder.asp#axzz1XAJuY464>

⁹⁸ <http://www.investorglossary.com/majority-shareholder.htm>

⁹⁹ Resolusi nombor 12(2/12) berkenaan Khiṭāb al-Ḍamān, diputuskan pada tahun 1985.

- b. Jaminan pihak ketiga mestilah merupakan sumbangan tanpa sebarang bayaran premium agar ia benar-benar termasuk di dalam kategori tabarru' yang tulen. Imam Shāfi'i berkata

الكفالة استهلاك مال لا كسب مال

Ertinya: Jaminan itu adalah menggunakan harta (milik penjamin) bukan pendapatan harta (yang lain) ¹⁰¹

- c. Bayaran fee terbabit mempunyai elemen perjudian, seperti wang premium bagi insuran konvensional. Pihak pelanggan yang terdedah kepada kerugian dan ingin dijamin meminta penjamin memberikan jaminan, sebagai balasan bayaran 'premium' di atas nama upah akan di bayar. Ia mempunyai elemen judi disebabkan wujudnya elemen 'zero sum game' yang mana satu pihak akan mendapat keuntungan di atas kerugian pihak yang lain.

Jika kerugian pernigaan berlaku, pihak penjamin terpaksa membayar seluruh kos dan tentunya nilai upah tadi tidak selaras dengan jumlah yang dibayar, manakala jika tiada kerugian, pihak pengusaha kerugian wang upah yang dibayar tanpa apa-apa timbalan balik yang munasabah, pihak penjamin pula mendapat keuntungan dari upah yang diterimanya.

- d. Jaminan tersebut tergolong di dalam kategori perbuatan kebajikan dan ibadah untuk menghampirkan diri kepada Allah, justeru ia tidak dilakukan untuk sebarang upah material. ¹⁰²

Namun penghujjahan ini boleh diperdebatkan apabila wujudnya nas yang jelas perakuan Nabi terhadap tindakan sahabat yang mengambil upah atas bacaan ruqyah bacaan Al-Fatihah. ¹⁰³ Malah para ulama juga bersetuju apabila wujudnya pertukaran

¹⁰⁰ Qarārāt wa tawṣiyyāt, Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah, Majma' al-Fiqh Al-Islami Jeddah, hlm 25

¹⁰¹ Al-Umm, Muhammad Idrīs As-Shāfi'ī, 3/205

¹⁰² Mawāhib al-Jalīl, 4/391 ; Az-Zarqani 'ala Khalīl, 6/33

¹⁰³ Fath Al-Bāri, 10/198 ; Zād al-Ma'ād, 4/167

zaman dan keadaan setempat, maka harus untuk pengajar al-Quran, muazzin dan imam bertugas secara lantikan dibayar gaji tetap.¹⁰⁴

- e. Upah ganjaran hanya diharuskan apabila menjadi bayaran kepada kerja (al-‘amal) ataupun hasil keuntungan dari perniagaan yang diceburi. Jaminan untuk menanggung kerugian tidak tergolong dalam harta yang diiktiraf untuk dibayar atau dijadikan *ma’qud alayhi*. Hasilnya, upah yang diambil akan menjadi memakan harta yang lain secara bathil.¹⁰⁵

Perbincangan berkenaan status pandangan ini akan disentuh di topik yang berikutnya berkenaan ijihad berbeza perihal mengenakan caj oleh jaminan dari pihak ketiga.

Ketiga : Kontrak jaminan terasing dari kontrak pelaburan

Syarat ketiga adalah tersendiri atau terasingnya jaminan dari kontrak *mushārah* atau *muḍārah*. Ertinya, tidak boleh dijadikan jaminan ini sebagai tarikan, sokongan atau promosi bagi sesebuah pelaburan yang didasari oleh *mushārah* dan *muḍārah*.

Jaminan ini sama sekali tidak boleh dikaitkan dengan kontrak *Mushārah* khususnya di awalnya. Selain itu, aqad jaminan ini juga tidak boleh memberi kesan kepada kontrak *mushārah* yang dimeterai, ertinya 1) pelabur tidak akan melabur tanpa jaminan 2) Penjamin tidak boleh menarik diri dari jaminan 3) penjamin tidak boleh menolak untuk menjamin apabila kerugian berlaku. Jika sekiranya salah satu atau ketiga-tiga ini wujud, jaminan pihak ketiga tidak dikira berasingan dari pelaburan.

Mustanad: Mengaitkan jaminan ini di dalam kontrak asal *Mushārah* bakal membawa erti jaminan tiada kerugian dalam projek terbabit kepada pihak yang dijamin. Apabila ini berlaku, hilang ciri konsep *mushārah* yang didasari oleh asas amānah dan hilang juga sifat pelaburan yang terdedah kepada untung dan rugi secara adil di kalangan rakan kongsi.

Keempat : Tidak boleh jaminan ini dipindahkan kepada pengusaha (obligor) atau dituntut dari pengusaha.

¹⁰⁴ Tuhfatul Muhtaj, 7/100 ; Mughni al-Muhtāj, 2/344 ; Al-Fatāwa al-Hindiyyah, 4/448

¹⁰⁵ Al-Sharh al-Saghīr, Ad-Dardīr, 3/442

Dr Abd Sattar Abu Ghuddah juga menjelaskan sekiranya pihak ketiga tiba-tiba gagal memenuhi jaminan atas apa jua sebab, jaminan ini tidak boleh dipindahkan kepada *mudīr al-sukuk* atau pihak originator/ obligor atau pengusaha.¹⁰⁶

Pihak penjamin ketiga juga tidak dibenarkan untuk menuntut jumlah jaminan yang telah dibayarnya dari pihak *mudīr*.

Mustanad: Ini adalah kerana jaminan ketiga itu bukan suatu hutang yang membolehkan pihak ketiga menuntut kembali jumlahnya dari pengusaha atau *mudīr*. Ia adalah hibah sebagaimana keputusannya yang disebutkan sebelum ini.

Kelima: Iltizam dari pihak ketiga dan jaminannya bukanlah syarat nafadh (نفاذ)

Ini bermaksud, pemeteraian kontrak pelaburan itu tidak dipengaruhi oleh wujud atau tidaknya jaminan dari pihak ketiga. Malah jaminan itu hanya dianggap sebagai barang sampingan yang bukan *core* di dalam pertimbangan semua pihak yang terlibat dalam pelaburan dan bisnes *mushārah* atau *muḍārah* ini.

Mustanad: Ia didasari oleh konsep bahawa iltizam dan jaminan itu adalah benar-benar terasing atau *mustaqil* dari perancangan di antara pelabur dan pengusaha atau rakan kongsi. Tanpa syarat ini, dibimbangi wujudnya hilah yang membawa kepada jaminan menjadi salah satu into pokok di dalam kontrak pelaburan. Jika hal itu terjadi, ia akan mencanggahi prinsip asal pelaburan Islam yang meletakkan konsep :-

الغنم بالغرم

Ertinya: Keuntungan adalah melalui penanggungan risiko.¹⁰⁷

Dalam keterangan kaedah ini disebutkan:

من ينال نفع شيء، يجب أن يتحمل ضرره

Ertinya: Sesiapa yang berkehendak mendapatkan manfaat dari sesuatu, mestilah baginya menanggung kemudaratanya.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Buhūth Fi al-Mu'āmalāt wa al-Asālib Al-Masrafiyyah Al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Majmu'ah Dallah Al-Barakah, 2002, Juz 8, hlm 103

¹⁰⁷ Al-Qawā'id Al-Fiqhiyyah, Al-Nadwi Ahmad.A, Dār Al-Qalam, Syria, 2000), p. 411; Durar al-Ahkām Sharh Majallah Al-Ahkam, nombor 87, 9/90

Bermakna, pihak yang boleh menerima keuntungan adalah pihak yang sama-sama bersusah payah menanggung risiko kerugian, sejurus mereka cuba menghilangkan risiko terbabit, bahagian keuntungan tidak lagi wajar diserahkan kepada mereka yang terjamin.

9.0 PANDANGAN LAIN DAN APLIKASI SEMASA BERKENAAN JAMINAN PIHAK KETIGA

Terdapat Majlis Shari'ah beberapa buah perbankan Islam dan individu cendekiawan Shari'ah yang membenarkan jaminan pihak ketiga tanpa memenuhi salah satu atau mana-mana dari semua syarat yang diputuskan oleh pihak Majma' al-Fiqh, AAOIFI serta Dallah Al-Barakah. Ia wujud disebabkan perbezaan ijthad dalam menanggapi sesuatu kontrak yang terbabit. Antaranya seperti berikut :-

1. Diharuskan caj sebarang fee ke atas jaminan yang diberikan.

Resolusi *Shari'ah* Bank Negara Malaysia¹⁰⁹, Dr Wahbah Az-Zuhayli¹¹⁰ (namun mengikatnya kepada jika terdapat hajat dan keperluan), Syeikh Ahmad Ali Abdallah dan Dr. Nazih Hammad¹¹¹ mengeluarkan fatwa yang berbeza apabila kesemua mereka bersetuju bahawa jaminan kewangan boleh dikenakan sebarang caj yang dipersetujui bersama. Hasil dari pandangan ini, pengamalan kebanyakan institusi kewangan Islam di Malaysia, khususnya melalui produk 'bank guarantee' jelas menunjukkan mereka mengenakan caj berdasarkan peratusan terhadap nilai amaun yang dijamin.

Justeru, berdasarkan pandangan ini, pihak ketiga boleh mengenakan caj atau fee khusus atas jaminan keselamatan modal yang diberi kepada pelabur. Secara ringkasnya, pandangan ini dibuat berdasarkan beberapa hujjah utama seperti berikut:-

- **Wujudnya Tarāḍi di kalangan pelabur dan pengusaha atau rakan kongsi.**

Sebagaimana yang dinyatakan oleh As-Syawkani bahawa *tarāḍi* adalah pokok di dalam hal ini. Sebarang persetujuan dan keredhaan bersama di dalam bab mu'āmalāt

¹⁰⁸ Durar al-Ahkam Sharh Majallah Al-Ahkam, nombor 85, 9/90

¹⁰⁹ Shari'ah Resolution in Islamic Finance, Bank Negara Malaysia, Kuala Lumpur, 2007, hlm 33 dan 82-83

¹¹⁰ Al-Fiqh Al-Islāmi wa Adillatuhu, Dr. Wahbah Az-Zuhayli, Dar al-Fikr, Dimashq, 1997, jil 6, hlm 4178

¹¹¹ Qaḍāyā Fiqhiyyah Mu'āṣirah fi Al-Iqtisād wa al-Māl, Dr Nazih Hammad, Dar al-Qalam, Dimashq, 2001, hlm310

yang anjal adalah diharuskan, selagi mana tidak bercanggah dengan pengharaman yang jelas dan nyata.

- **Perubahan suasana dan penggunaan kafalah.**

Telah difahami hukum-hakam di dalam bab mu'āmalāt yang bersifat furu' dan ijtihādī boleh berubah berdasarkan zaman dan keperluan setempat. Sebagaimana tersebut di dalam kaedah yang masyhur :-

لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان

Ertinya : Tidak dinafikan, kebolehan berubahnya hukum apabila berubahnya zaman (disebabkan uruf, adat dan kajian) ¹¹²

Atas sebab itu, kebanyakan hujjah bahawa kafalah tidak boleh dilakukan dengan upah yang dimaksudkan adalah dalam konteks mu'amalat individu yang sememangnya atas tujuan bantu dan bertaqarrub kepada Allah, berbanding bentuk *guarantee* yang digunapakai oleh industri kewangan moden yang jelas mensasarkan keuntungan dan telah berubah sifatnya kepada salah satu jenis perniagaan moden. Selain itu, kedua-dua pihak jelas meredhai menyerahkan sesuatu harta dan terima sesuatu manfaat harta yang diredhainya tanpa sebarang unsur gharar.

- ***Iltizam* untuk menanggung kerugian adalah sesuai dijadikan *ma'qud alayhi* dan boleh dibayar harganya.**

Dr. Nazih Hammad pula berijtihad lebih jauh apabila bersetuju bahawa kebanyakan jenis *iltizam al-Kafil 'ala ad-dayn* boleh diambil upah. Alasannya adalah mengambil keharusan sebahagian fuqaha' silam berkenaan keharusan menganggap *mujarrad al-iltizam bil mal* boleh dianggap sebagai manfaat mali yang diharuskan mengambil upah ke atasnya. ¹¹³ Pandangan ini juga dikongsi oleh Penasihat Sharī'ah Suruhanjaya Sekuriti Malaysia melalui keharusan *Call Warrants* ¹¹⁴ yang mirip kepada *options*, Dr. Hashim Kamali ¹¹⁵, Dr. Bashir Al-Amine ¹¹⁶ dan beberapa yang lain.

¹¹² Majallah al-Ahkām Al-'Adliyah, No 39 : Sharah Al-Qawā'id al-Fiqhiyyah, Az-Zarqa, hlm 227

¹¹³ Qadhaya Fiqhiyyah Mu'asirah fi Al-Iqtisad wa al-Mal, Dr Nazih Hammad, hlm 310

¹¹⁴ Resolutions of the Securities Commission Syariah Advisory Council, Securities Commission, Kuala Lumpur, 2003, hlm 40

¹¹⁵ Islamic Commercial Law: An Analysis of Options and Futures, Dr Hashim Kamali, Islamic Text, London, hlm 356-357

- **Sifatnya yang bukan seperti *al-Qard* beserta faedah.**

Sifat sama ada ia akan menjadi *qard* atau tidak bergantung kepada bentuknya. Jaminan pihak ketiga ini boleh dibuat dalam dua bentuk iaitu :-

- a) Ia bukan *qard* sama sekali kerana pihak penjamin tidak akan menuntut apa yang ditanggungnya kepada pengusaha. Jika itu yang dipersetujui, kontrak ini bukan kafalah atau *damān* ke atas sesuatu hutang, kerana tiada hutang diwaktu aqad dimeterai. Bahkan ia hanyalah suatu bentuk iltizam atau janji untuk memberikan hadiah yang mana nilainya menyamai nilai modal di ketika ternyata berlaku kerugian, walaupun kerugian itu berlaku disebabkan kecuaiian dan kelemahan pengusaha.¹¹⁷
- b) Ia boleh jadi satu jenis *al-qard* tetapi bukan dengan faedah. Ini adalah kerana fee yang dikenakan adalah berdasarkan imbalan iltizām atau jaminan tanggungan yang akan diberikan, justeru satu kontrak dikira sudah lengkap. Kemudian apabila kerugian berlaku, barulah dianggap kontrak qard termeterai dan ia adalah tanpa faedah. Berdasarkan bentuk ini, pihak penjamin akan menuntut kemabli jumlah yang telah dibayar kepada pengusaha dan pemilik bisnes.

- **Maslahat kewangan semasa**

Ia adalah hasil dari keperluan institusi kewangan semasa yang diperlukan oleh pelanggan mereka untuk menyediakan produk dari jenis ini. Tanpanya, kebanyakan pelanggan akan mendapatkan khidmat dari perbankan konvensional yang mempunyai produk sebegini. Justeru, bagi menyelamatkan masyarakat dan industri sama ada korporat mahupun meningkat keutuhan institusi kewangan Islam, adalah diharuskan oleh berpegang kepada pendapat yang lebih ringan dalam beberapa keadaan. Ini dirasakan merupakan keadaan yang sesuai. Sebagai contoh keharusan untuk membayar upah di atas kerja-kerja pengajian fardhu ‘ain, mengajar al-Quran, imam di

¹¹⁶ Risk Management in Islamic Finance, Muhammad Bashir Al-Amine, Brill, Boston, 2008, p. 215

¹¹⁷ Buhūth fi al-Mu‘āmalāt wal Asālib Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 8, hlm 103

masjid di ketika tanpa bayaran, urusan terbabit akan terabai, maka juga diharuskan upah ke atasnya.¹¹⁸

2. Hanya diharuskan caj kos sebenar pengurusan.

Majma' al-Fiqh Al-Islami ad-Dawli¹¹⁹, Kuwait Finance House, Faisal Islamic Bank of Bahrain, Dr. Abd sattar Abu Ghuddah dan Dr. Ali Qurrah Daghi serta beberapa yang lain juga melakukan sedikit pindaan dalam aplikasi fatwa badan utama fatwa tadi apabila mereka membenarkan caj atau fee diambil namun mestilah ia berdasarkan **kos sebenar pengurusan sahaja**. Padahal resolusi yang dibawakan di atas tidak membenarkan secara mutlaq. Namun begitu, jumlah fee yang dikenakan ke atas jaminan yang dikeluarkan tidak boleh diikat kepada amaun jaminan yang diberi secara peratusan.¹²⁰ Dr Ali Qurrah Daghi berkata :

فالبنوك الإسلامية تأخذ العمولات على هذا الجانب الإداري الذي يسمى في الفقه الإسلامي بالوكالة بالأجر وهي جائزة عند جميع الفقهاء

Ertinya : Bank-bank Islam mengambil upah di atas ini (jaminan kewangan) dari sudut pentadbiran yang dinamakan di dalam Fiqh Islami sebagai wakil dengan upah, dan ianya harus disisi seluruh fuqaha'.¹²¹

Majlis Sharī'ah Faisal Islamic bank menjawab soalan berkenaan caj *bank guarantee*:

لا يجوز أخذ الأجرة على الضمان نفسه ، أما إذا كان في مقابل خدمات حقيقية كإعداد الدراسات وتقديم المشورة فإنه لا مانع شرعاً من أخذ أجر المثل المتعارف عليه في سوق العمل والخبرات على تلك الخدمات ، وكذلك يجوز أخذ الأجرة على خطاب الضمان في مقابل الخدمة الدفترية ولمرة واحدة.

¹¹⁸ Al-Fiqh Al-Islami wa Adillatuhu, Dr Wahbah Az-Zuhayli, 6/4178

¹¹⁹ Resolusi mereka bernombor 12/2 (naqal dari Buhūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 4, hlm 146)

¹²⁰ Qararat Wa Tawsiyat Nadawat Al-Barakat lil Iqtisad al-Islami, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Jeddah, 2010, hlm 31

¹²¹ Akhzu al-'Ujr 'ala ḍaman ghayru jā'iz, Dr Ali Muhydin Al-Qurrah Daghi, rujuk http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=984:2010-02-16-09-53-54&catid=134:2009-12-27-09-08-37&Itemid=52

Ertinya: Tidak harus mengambil upah atas jaminan yang diberikan, adapun jika caj itu sebagai timbalan servis sebenar seperti menyediakan analisis dan konsultasi, maka tidak ada halangan dari sudut hukum untuk mengambil upah setimpal atas kerja yang dilakukan selaras dengan nilai harga pasaran kerja sebegitu dan kepakaran bagi servis terbabit. Demikian juga harus mengambil upah atas *bank guarantee* balasan bagi servis pendaftaran dan bagi sekali caj sahaja.¹²²

Dr. Abd Sattar menjelaskan:

يجب ألا تزيد عمولته على التكاليف الفعلية المصاحبة لإصداره ..

Ertinya: “Mestilah (upahnya atas jaminan) tidak melebihi kos sebenar yang diperlukan bagi proses menerbitkannya..”¹²³

Salah satu hujah ulama’ dari kumpulan ini adalah melihat surat jaminan ini dengan takyif ia adalah kontrak wakalah dan kafalah sekaligus. Diharuskan untuk diambil upah dari kontrak *wakālah*, atas asas itu, kos sebenar proses mengeluarkan jaminan ini dibenarkan manakala *kafālah* tidak diambil upah padanya.¹²⁴

Kiraan caj sebenar

Bagi mana-mana Institusi Kewangan Islam yang mengadaptasikan keharusan kos sebenar ini, timbul persoalan berkenaan caj sebenar iaitu:-

- a) Bagaimana teknik dan mekanisme mengira dan menentukan kos sebenar yang boleh dicaj kepada pelanggan.
- b) Apa yang boleh dimasukkan di dalam kos dan apa yang tidak. ?
- c) Adakah kos sebenar boleh termasuk pendapatan berbentuk fee kepada bank.?

Sebahagian bank-bank Islam memasukkan hal berikut di dalam pertimbangan mereka:-

- Jumlah jam bekerja pekerja yang terlibat dari sesuatu permohonan.

¹²² <http://www.isra.my/fatwas/topics/commercial-banking/related-matters/kafalah-guarantee/item/187-charging-fees-for-the-issuance-of-a-letter-of-guarantee-lg.html>

¹²³ Buhūth fi al-Mu’āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 3, hlm 299

¹²⁴ Buhūth fi al-Mu’āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 4, hlm 146

- Purata *man-hours* diperlukan oleh pegawai yang menguruskan,
- Tangga gaji pegawai yang menguruskan,
- Kos administrative purata bagi sesuatu proses kelulusan, cetakan dan semakan,
- Kos *due diligence* (*dirasah jadwa*),
- Nilai yang ingin dijamin juga termasuk di dalam pertimbangan disebabkan bertambah besarnya nilai yang diluluskan lagi terperinci proses tapisan diperlukan dan bertambah tinggi pula ranking pegawai yang diperlukan untuk meluluskannya.

Kesimpulannya, setiap permohonan bakal mempunyai caj sebenar yang berbeza-beza, namun kaedah ini jika ingin diadaptasi oleh mana-mana bank, tidak dinafikan merupakan suatu proses yang rumit dan remeh khususnya apabila pihak pengurusan perlu menyemak dan menentukan nilai yang paling hampir dengan kos sebenar yang boleh berubah-ubah.

Namun persoalan yang masih kurang jelas adalah **sama ada setiap fatwa yang mengharuskan tadi memasukkan caj sebenar sebagai salah satu pendapatan pihak institusi atau hanya mahu caj sebenar itu seolah ia selari dengan kos modal semata-mata.**

Apa yang jelas, dari amalan institusi kewangan Islam semasa yang menjadikan pertimbangan di atas sebagai penentu caj, pastinya secara tidak langsung akan menjadi pendapatan bagi pihak institusi kerana pastinya setiap pegawai yang terbabit tidak akan diberikan upah secara berasingan dari gaji bulanan mereka bagi setiap permohonan jaminan yang diuruskan. Hasilnya setiap caj akan tetap menjadi upah di atas jaminan (*ujr 'ala ad-damān*) yang diberi walaupun ia dinamakan caj atas kos pengurusan sebenar.

Sebahagian institusi kewangan Islam yang lain pula, menggunakan teknik yang lebih longgar dan mudah bagi menjamin efisyensi pihak institusi adakalanya meletakkan jadual khas sebagai rujukan purata kos sebenar, sebagai contoh di dalam fatwa Kuwait Finance House, dinyatakan caj sebenar bagi nilai permohonan di bawah Kuwaiti Dinar (KD)4000, adalah berbeza dengan yang melebihi KD4000. Rasional yang diberikan adalah harus mengenakan caj berbeza berdasarkan kos sebenar yang diikat kepada **nilai permohonan**

semata-mata, namun yang tidak diharuskan adalah mengikatnya dengan tempoh dan nilai secara mutlaq.¹²⁵

Namun menurut pandangan penulis, ia tetap tidak berbeza dari sudut prinsipnya daripada caj berdasarkan peratusan yang disandar kepada nilai jaminan yang diamalkan secara meluas di Malaysia. Apa yang berbeza hanyalah pada jumlah cajnya.

Hasilnya, walaupun cara tersebut telah diluluskan oleh beberapa Majlis Shari'ah Kuwait Finance House dan beberapa institusi kewangan Islam di peringkat Malaysia dan antarabangsa, ia tidak sunyi dari kritikan, khususnya secara logik, **pemberian jaminan itu menambah risiko terhadap pihak institusi dan adakah pihak institusi sanggup hanya mengenakan caj atas kos pengurusan tanpa mengaut sebarang keuntungan darinya?** Di dalam rangka dunia perbankan moden hari ini, diketahui bahawa pihak bank sentiasa memerhatikan dan mengawal risiko dan memastikan setiap pertambahan risiko boleh juga menambah pendapatan.

Justeru, cara kiraan yang disebut di atas, masih diragui disebabkan terdapat besar kemungkinan kiraan kos-kos tadi sudah termasuk beberapa jumlah keuntungan untuk bank. Lantaran itu, ia dikira suatu ijtihad yang sedikit berbeza dari apa yang dikeluarkan oleh AAOIFI dan Majma' Fiqh, khususnya jika ingin digunakan fatwa berkenaan *khitab ad-damān* tadi kepada surat jaminan pihak ketiga kepada pihak pengusaha bisnes. Wallahu'alam.

Pandangan terpilih

Sebelum penulis cuba untuk menyatakan kecenderungan, setelah membaca kesemua syarat-syarat yang diletakkan memang tidak dinafikan semuanya begitu baik dan jauh dari syubhat. Namun di dalam hal mu'āmalāt yang mensasarkan manfaat umum, ketegasan di dalam hal yang furu' masih boleh diperbincangkan.

¹²⁵ Al-Fatawa Al-Shar'iyyah fi Masa'il al-Iqtisadiyyah, Badr al-Mutawalli Abd Basit, Kuwait Finance House, Kuwait, 1985, jil1, hlm 273 ; Namun begitu di halaman 290 pada fatwa bernombor 297, kelihatan fatwa yang bersifat umum dan sedikit berbeza dikeluarkan yang mana menolak dakwaan KFH mengambil sebarang upah atas pengeluaran khitab ad-damān.

Selain itu, semua syarat-syarat yang disebutkan oleh resolusi persidangan yang disebut sebelum ini dikritik oleh Dr. Ali Al-Ghari, apabila beliau menyifatkannya sebagai terlalu ideal dan tidak dapat digambarkan mampu diaplikasi di dalam sektor pelabur dan perniagaan moden yang mensasarkan keuntungan. Tidak juga logik untuk dijumpai sebuah syarikat yang secara sukarela inginkan pahala dan memberikan jaminan besar berjuta-juta kepada sesebuah projek yang mereka tiada kaitan dengannya.¹²⁶

Justeru di atas dasar kaedah yang telah disepakati oleh para ulama’.

الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم

Ertinya: Asal dari setiap perkara (khususnya muamalat) adalah keharusan sehingga dintunjukkan dengan dalil atas pengharamannya.¹²⁷

Juga berdasarkan kepada matlamat menolak kemduaratan dengan syarat dengan membawa mudarat kepada pihak lain:

الضرر يدفع بقدر الإمكان

Ertinya: Kemudaratan perlu ditolak dengan kadar yang berkemampuan.¹²⁸

Penulis bersetuju dengan sudut pandangan beliau, justeru mencadangkan agar syarat yang ‘core’ tidak dikompromi iaitu **syarat pertama dan kelima** sahaja. Ini adalah kerana syarat keterasingan dan mustaqil pihak ketiga adaah penting bagi memastikan tiada unsur rakan kongsi member jaminan yang boleh merosakan seluruh kandungan dan prinsip pelaburan *mushārahah*.

Manakala syarat *nafaz* juga penting kerana menggantung keabsahan dan keterpakaian kontrak pelaburan dengan sesuatu iltizam yang diluar muqtadha aqad *mushārahah* juga merosakkan kontrak.

Adapun tiga syarat yang lain masih terdapat ruang yang luas untuk ijtihad dan tarjih berdasarkan keperluan di samping *validity* dalil pihak yang bercanggah juga boleh

¹²⁶ Ahkām Daman al-Sukūk wa ’awāidihā, Dr Ali Al-Ghari, Nadwah al-Sukuk al-Islamiyyah, 24-25 May 2010, Jeddah, hlm 254-256

¹²⁷ As-Sayūti. Jalaluddin, Al-Ashbāh wa Al-Nazā’ir, (Beirut : Dār al-Kutub Al-’Ilmiyah, 1983) p. 60

¹²⁸ Syarh al-Qawā’id al-Fiqhiyyah, Ahmad al-Zarqa’, Dār al-Qalam, Damascus, 1989, p. 207

diterima. Oleh itu, penulis tidak cenderung kepada syarat-syarat berikut sebagai syarat utama yang mesti ditepati:-

1. **Syarat kedua:** upah di atas iltizam atau jaminan untuk menanggung kerugian boleh diambil berdasarkan fatwa mazhab Maliki yang melihatnya sebagai hak manfaat yang bersifat *māli* (harta) yang boleh dijual dan dijadikan *ma'qūd alayhi*.

- Mazhab Ḥanafi dan Māliki membenarkan isteri atau suami untuk melepaskan hak mereka bagi *ḥaḍānah* sebagai ganti kepada menerima imbuhan wang.¹²⁹
- Wanita juga dibenarkan untuk meminta *khulu'* atau cerai dengan bayaran kewangan kepada pihak suami.¹³⁰
- Dalam kes poligami pula, mazhab maliki berfatwa bahawa giliran mana-mana isteri boleh dilepaskan jika dibayar dengan pampasan kewangan oleh isteri yang lain.¹³¹
- Begitu juga, pihak suami diizinkan untuk memberikan jaminan tidak akan berkahwin lain semasa aqad nikah dilakukan apabila pihak isteri mampu menyediakan bayaran tertentu yang dipersetujui bersama.

Semua hak ini adalah bersifat hak yang boleh dibayar dengan wang, justeru jaminan dan iltizam satu pihak untuk membayar kerugian dalam perniagaan pihak ketiga adalah juga dari jenis hak yang boleh menerima imbalan wang.

2. **Syarat ketiga:** Kontrak jaminan terasing dari kontrak pelaburan.

Syarat ini adalah penting untuk dipenuhi jika jaminan itu datang dari pihak pengusaha atau rakan kongsi, namun di dalam konteks jaminan diberikan oleh pihak ketiga. Penulis berpandangan tegahannya tidak lagi begitu relevan.

3. **Syarat keempat** iaitu tidak diharuskan jaminan ini dipindahkan kepada pengusaha (obligor) atau dituntut dari pengusaha.

Syarat ini juga boleh diperdebatkan khususnya apabila jika sesuatu badan fatwa atau seseorang cendekiawan Shari'ah itu telah menerima *iltizam* sebagai harta yang boleh dibayar kerananya. Justeru, tiada halangan yang jelas dari menjadikan bayaran kos

¹²⁹ Sharh Minah Al-Jalil 'ala Mukhtasar Khalil, Illesh, Dar Sadir, jil 2, hlm 184-185

¹³⁰ Sharh Minah Al-Jalil 'ala Mukhtasar Khalil, Illesh, Dar Sadir, jil 2, hlm 184-185

¹³¹ Kashashaf al-Qina', Al-Bahūti, jil 5, hlm. 206

kerugian itu sebagai pinjaman tanpa faedah yang terasing dari kontrak *mushārah* atau *muḍārabah*.

10.0 JAMINAN PIHAK KETIGA KE ATAS KEUNTUNGAN SELAIN MODAL.

Resolusi yang dikeluarkan tidak menyebut dengan jelas berkenaan hal ini. Cendekiawan Syariah juga berbeza ijihad dalam hal ini kepada sekurang-kurangnya kepada dua aliran pandangan iaitu:-

- 1) Harus dimasukkan kadar jangkaan keuntungan bersama modal di dalam jaminan oleh pihak ketiga.

Namun begitu jika semua kelima-lima syarat tadi berjaya dipenuhi, juga berdasarkan kepada takyif *ḍaman* ini sebagai hibah yang berasingan dari pihak ketiga, bukan sebuah hutang yang akan dituntut kemudiannya. Ia tentunya diharuskan, demikian pandangan Dr. Munzir Al-Kahf, beliau berkata:-

قضية التوسع في ضمان الطرف الثالث حتى يشمل نسبة معينة من الأرباح فشأنه شأن ضمان رأس المال من حيث الإباحة طالما أن الطرف الثالث متبرع ومستقل عن طرفي العقد

Ertinya: “Isu meluaskan jaminan pihak ketiga sehingga merangkumi nisbah tertentu keuntungan, maka halnya sebagaimana jaminan terhadap modal dari sudut keharusannya, iaitu selagimana pihak ketiga *mutabarri*’ dan *mustaqil* dari kedua belah pihak yang berniaga.”¹³²

Dr. Abd Sattar juga berpandangan sedemikian apabila berkata:

سبق ما يتعلق بضمان الطرف الثالث لرأس المال وهو نفسه يصلح لإيجاد الضمان للعائد على الإستثمار لأنه يستند إلى المبدأ نفسه وبالرغم من أن قرار الجمع السابق بيانه اقتصر على جبر الخسران أي على ضمان أصل الاستثمار فقط, فليس هناك ما يمنع من ضمان العائد.

Ertinya: Sebagaimana berkaitan jaminan modal dari pihak ketiga, ia adalah terpakai juga bagi jaminan pulangan pelaburan kerana ia bersandar kepada prinsip (*tabaru*’) yang sama,

¹³² Sanadāt al-Qirāḍ wa ḍamān al-fariq al-Thalith wa Taṭbiqātihima fi tamwīl at-Tanmiah fi al-buldān Al-Islamiyyah, Dr Monzer Kahf, Majallah Jāmi’ah Al-Malik Abd Aziz: Iqtisad al-Islami, 1989, jil 1, hlm 60

walaupun resolusi majma' (al-Fiqh) hanya terhad kepada jaminan modal sahaja, namun tiada halangan daripada memberikan jaminan kepada keuntungan.¹³³

Beliau meyandarkan keharusan itu kepada konsep *iltizām bi at-tabarru'* yang popular di mazhab Maliki.¹³⁴

Pun begitu, ia mungkin sah dari sudut teori namun sebagaimana disebut oleh Dr Al-gari, terlalu ideal dan amat sukar dilaksanakan secara praktikal, jika ingin memenuhi seluruh syarat yang diletakan sebelum ini.

Adapun di dalam situasi pihak ketiga boleh menerima bayaran, konsep ini boleh digunakan dan ia boleh mengaplikasikan konsep yang digunakan oleh industri takāful dan memasukkan '*expected profit*' dalam nilai pampasan (sumbangan) apabila berlaku musibah kerugian di luar jangkaan.

2) Tidak diharuskan

Pandangan ini dipegang oleh kumpulan Al-Barakah¹³⁵, dan beberapa ulama seperti Sheikh Mustafa Az-Zarqa'¹³⁶. Di dalam fatwa Al-barakah, diwartakan ketidakharusan jaminan diberikan ke atas anggaran keuntungan:

ولا يتناول ضمان الطرف الثالث الربح المتوقع الذي فات (الكسب الفائت , أو الفرصة الضائعة) بل يقتصر على أصل المال . لأن هناك حاجة بالنسبة لبعض الناس للمحافظة على أصل المال , ولتشجيعهم على استثماره وليست هناك حاجة تدعو إلى ضمان حصته من الربح , كما أن مثل هذا الضمان يشابه المرباة التي تقوم على أساس ضمان الأصل مع زيادة

Ertinya: “Tidak termasuk di dalam jaminan pihak ketiga anggaran keuntungan yang tidak tercapai, bahkan ia hanya terhad kepada modal sahaja, kerana terdapat disana keperluan manusia untuk menjaga modal dan menggalakkan kepada melanburkannya,

¹³³ Buhūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, 2008, Juz 9, hlm 71

¹³⁴ Buhūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 8, hlm 104

¹³⁵ Juz 1, nombor 46

¹³⁶ Naqal dari Sanadat al-Qirad wa ḍamān al-fariq al-Thalith wa Tatbiqatihima fi tamwil at-Tanmiah fi al-buldan Al-Islamiyyah, Dr Monzer Kahf, Majallah Jami'ah Al-Malik Abd Aziz: Iqtisad al-Islami, 1989, jil 1, hlm 60

dan tiada keperluan untuk menjamin bahagian keuntungan, sebagaimana jaminan sebegitu menyerupai pengambil riba yang menggunakan *ḍamān* modal dengan tambahan”¹³⁷

Rasional lain adalah bagaimana boleh diberikan jaminan kepada sesuatu keuntungan yang belum pasti, malah menamakannya sebagai keuntungan juga boleh dipersoalkan.

Pandangan Terpilih

Penulis cenderung kepada pendapat pertama yang mengharuskan jika sekiranya syarat-syarat utama jaminan pihak ketiga telah dipenuhi. Namun keharusannya tidak boleh dibiarkan secara mutlak dan bergantung kepada situasi dan keadaan sesuatu pelaburan. Ini adalah kerana terdapat kemudahan yang boleh terhasil dari kaedah ini. Cuba perhatikan situasi berikut dari sudut berbeza:

- **Usahawan utama A:** Memerlukan rakan kongsi untuk mengukuhkan perniagaan.
- **Islamic Bank D:** Menguruskan produk dan kontrak melalui sukuk atau pembiayaan korporat.
- **Usahawan kedua B,E dan F:** Diajak menjadi rakan kongsi bagi menyertai A atas kontrak *mushārahah*.
- **Penjamin C (Pihak Ketiga):** Setuju memberi jaminan kepada peniaga B (dengan upah atau tanpanya yang dibayar oleh B atau A), modal dan keuntungan pasti diperolehi kerana mereka menjaminnya.

Melihat kepada gambaran ini, sudah pasti akan terlihat bentuk tidak normal bagi sesebuah pelaburan, kerana ia bermakna usahawan B mendapat imbuhan dan keuntungan secara kurang tetap di luar prinsip pelaburan biasa iaitu (الغنى بالغرم)

Walaupun jika diteliti hukum dari sudut mikro iaitu hak penjamin yang menyerahkan bayaran adalah harus di atas dasar *tabbaru'*, namun dari sudut makro, jika ia diamalkan dalam skala yang besar ia bakal melahirkan usahawan yang menginginkan keuntungan

¹³⁷ Al-Ajwibah Al-Shar'iiyah fi At-Taṭbiqāt Al-Masrafiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakah, Jeddah, 2002, hlm 184

tanpa mahu menanggung risiko. Ini jelas bercanggah dengan *Maqāṣid al-Sharī'ah* di dalam bab pelaburan.

11.0 MENYIMPAN SEBAHAGIAN KEUNTUNGAN SEBELUM AGIHAN (*PROFIT AND RISK RESERVED*)

Satu daripada teknik meningkatkan tarikan produk pelaburan di atas dasar *mushārah* dan *muḍārah* adalah pihak yang terlibat, termasuklah pelabur, rakan kongsi dan pengusaha bersetuju untuk dipotong sebahagian dari keuntungan sebenar pelabur pada sesuatu tempoh yang dikenalpasti.

Bagi akaun pelaburan berasaskan *muḍārah* di bank-bank Islam di Malaysia, kaedah ini telah pun menjadi peraturan yang diwajibkan oleh Bank Negara Malaysia (BNM) sejak bulan Ogos 2004,¹³⁸ khususnya pelaburan *muḍārah*. Walaupun topik kita berkaitan *mushārah* namun ia banyak berkait dan *muḍārah* malah sebahagian ulama melihat *muḍārah* adalah salah satu bentuk dari *mushārah*.

Latar belakang penetapan PER adalah untuk memastikan kadar pulangan yang diberikan oleh perbankan Islam terus stabil dan kompetitif, khususnya di waktu lemah. Justeru, matlamatnya adalah untuk kemaslahatan pelabur sebaik mungkin.¹³⁹

Di ketika ini, PER dibenarkan dipotong sehingga sebanyak 15% dari jumlah keseluruhan kasar pendapatan setiap bulan (total gross income). Formula yang digunakan adalah:

PER (maksimum peruntukan bulanan) = (15% x pendapatan kasar) + pendaatan dagangan bersih + pendapatan lain + pendapatan tidak biasa seperti *recovery* dari non-performing financing (NPF) dan sebagainya.¹⁴⁰

Di Malaysia, berdasarkan BNM Guidelines, perbankan islam hanya dibenarkan untuk memegang jumlah terkumpul untuk tujuan PER sehingga 30% dari Islamic Banking Shareholders' Fund.

¹³⁸ "Given that the Islamic banking sector is exposed to the fluctuation of dividend rates arising from the flux of income, provisioning and total deposits, a mechanism known as profit equalisation reserve (PER) was introduced"—rujuk GP2-I (Aug '04)

¹³⁹ Corporate Governance and Stakeholders' Financial Interests in Institutions Offering Islamic Financial Services, Wafik Grais and Matteo Pellegrini, World Bank Policy Research Working Paper 4053, November 2006, hlm 8

¹⁴⁰ Rujuk <http://www.ibbm.org.my/v2/wp-content/uploads/2011/06/CIAFIN-July-08-Chap-3.pdf>

Potongan ini bukannya pemotongan disebabkan pengambil kos pengurusan atau upah wakil dan sepertinya tetapi ia adalah sebagai suatu *reserve* atau simpanan untuk digunakan secara berhemah bagi menutup kerugian yang mungkin berlaku di masa akan datang.¹⁴¹

Ia biasanya dinamakan sebagai *profit equalisation reserve (PER)*¹⁴² atau *investment risk reserve (IRR)*¹⁴³ yang mana ia berfungsi sebagai pelindung di waktu kerugian dan juga penyeimbangan agihan keuntungan dan keberkesanan aset pelaburan.¹⁴⁵

Cara pelaksanaannya bergantung kepada pihak industri antaranya, pihak pelabur dan pengusaha serta rakan kongsi bersetuju mewujudkan suatu tabung khas demi kepentingan semua rakan kongsi atau pihak pelabur dan pengusaha di atas konsep *ta'mīn takāfuli ta'āwuni*, lalu atas asas tersebut dipotong sebahagian keuntungan *mushārah* atau *mudārah* dan diletakkan ke dalam tabung terbabit bagi mendepani sebarang kerugian jika berlaku. Cara ini dan yang sepertinya di atas telah dipersetujui oleh badan berpengaruh seperti Islamic Financial services Board IFSB¹⁴⁶ majoriti cendekiawan Sharī'ah kontemporari seperti Dr. Abd Sattar Abu Ghuddah¹⁴⁷, Dr Hasan Abdullah Al-Amin, Dr Uthman Shabir.¹⁴⁸

Kaedah ini telah diharuskan berdasarkan hujjah:-

Buhūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, Juz 8, hlm 105

¹⁴² Ditakrifkan sebagai “which is deducted from mudarabah income before allocating the share of mudarib for the purpose of maintaining a certain level of return on investments for investment accounts, as well as for increasing equity value. ([http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/Distance_Learning_Files/Lecture-4%20Reading%20Material-%20Islamic%20Modes%20of%20Finance%20and%20Associated%20Liquidity%20Risk%20\(Revised\)\(Dr.Salman\).pdf](http://www.irti.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/English/IRTI/CM/downloads/Distance_Learning_Files/Lecture-4%20Reading%20Material-%20Islamic%20Modes%20of%20Finance%20and%20Associated%20Liquidity%20Risk%20(Revised)(Dr.Salman).pdf))

¹⁴³ Di takrifkan sebagai “which is deducted from income of investment accounts, after deducting mudarib share, to cater against any future losses for investment account holders. (www.irti.org)

¹⁴⁴ Rujuk IFSB Capital Adequacy Standard (CAS), December 2005

¹⁴⁵ Rujuk Standard 11 of Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)

¹⁴⁶ Dalam klausa ke 33. Disebutkan “The PSIA, the largest funding source for an Islamic bank, is its most unique

feature, characterised by the participatory nature in risks and returns. PSIA holders or Investment Account Holders (IAH) can be grouped into two categories – namely, general or unrestricted IAH, and specific or restricted IAH. As a mechanism of protection for IAH, it has become a common practice for banking IIFS in a number of jurisdictions to set aside voluntary and prudential reserves as “internal buffers” built up from past returns in the form of a **profit equalisation reserve (PER)** and/or an **investment risk reserve (IRR)**. (rujuk http://www.ifs.org/docs/compilation_guide.pdf)

¹⁴⁷ Buhūth fi al-Mu'āmalāt wal Asālīb Al-Maṣrafiyyah al-Islāmiyyah, Dr Abd Sattar Abu Ghuddah, Dallah Al-Barakh, Jeddah, juz 8, hlm 105

¹⁴⁸ Al-Wadāi' al-Masrafiyyah, Dr Hasan Abdullah Al-Amin (naqal dari Al-Mu'āmalāt Al-Māliyah Al-Mu'āshirah fi Fiqh Al-Islami, Dr. Uthman Shabir, Dar an-Nafais, Jordan, 2001, hlm 356)

- a) ia adalah dipersetujui oleh pelabur atau rakan kongsi yang lain. Menurut athar dari sayyidina ‘Ali kw :

الربح على ما يصطلح عليه الشركاء والخسارة على قدر المال

Ertinya : Pembahagian keuntungan adalah diatas apa yang dipersetujui manakala kerugian mestilah di atas nilai modal masing-masing.¹⁴⁹

Maksud yang hampir sama juga disebut oleh Imam Malik dan ulama mazhab Hanbali.¹⁵⁰ Hasil dari kaedah ini, yang diterima akai oleh majoriti ulama kontemporari termasuk pihak AAOIFI.¹⁵¹ Malah ia selari dengan resolusi AAOIFI dan Dallah Al-Barakah yang mengharuskan kedua belah pihak rakan kongsi bersepakat jika kadar keuntungan melebihi dari kadar jangkaan tertentu maka lebihan dari kadar yang disasarkan akan menjadi milik salah seroang dari rakan kongsi.¹⁵²

- b) Ia didasari oleh tabarru’ sebagaimana pandangan mazhab Maliki yang membenarkan disyaratkan sebahagian dari keuntungan diambil bagi kemaslahatan selain pengusaha dan *rabbul māl* di dalam kontrak *muḍārabah* atas dasar tabarru’.¹⁵³ Maka jika kebenaran boleh diberi untuk jumlah keuntungan itu digunakan oleh pihak luar, tentulah bagi kegunaan pelaburan mereka sendiri lebih layak untuk diharuskan.
- c) Jumlah yang disimpan tidak akan hilang bahkan ia tetap akan diperolehi oleh pihak pelabur dan rakan kongsi di masa akan datang. Justeru, ia hanyalah suatu teknik pengurusan yang lebih berkesan dan tidak melibatkan perubahan prinsip dalam pelaburan.

ISU DAN KOMENTAR

¹⁴⁹ Musannad Ibn Abi Shaybah, matba’ah al-Rushd, Riyadh, jil 4, hlm 268 (Naqal dari Al-Ma’āyir al-Shari’yyah, hlm 177 cet 2010) ; kecuali mazhab Shaf’i dan Maliki berijtihad keuntungan juga mestilah disandarkan kepada peratusan modal, berbeza dengan mazhab Hanafi dan Hanbali yang menggunakan kaedah di atas, membolehkan keuntungan dibincangkan atas budi bicara rakan kongsi.

¹⁵⁰ Al-Mudawwanah al-Kubra, Maslik bin Anas, dar Al-Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, Jil 3, hlm 609 ; Al-Mubdi’ fi shuruh al-Muqni’, Burhanuddin al-hanbali, Al-maktab Al-islami, 2000, jil 11, 260

¹⁵¹ Al-Ma’āyir al-Shari’yyah, hlm 177 (cet 2010)

¹⁵² Al-Ma’āyir al-Shari’yyah, hlm 177 (cet 2010) ; Fatawa Al-Hai’ah Al-Shar’iyyah Lil Barakah, Dr Abd Sattar & Ustaz Izzuddin Khawjah, Jeddah, 1997, hlm 29

¹⁵³ Al-Mu’āmalāt Al-Māliah Al-Mu’āṣirah fi Fiqh Al-Islami, Dr. Uthman Shabir, hlm 356

Terdapat beberapa pertikaian di sekitar konsep IRR dan PER atau pemotongan bahagian keuntungan pelabur ini, ringkasnya ia seperti berikut:

- a) **Tiada sandaran fiqh silam:** Sebahagian pengkaji menimbulkan keraguan terhadap konsep ini adalah menyatakan memotong dan menyimpan sebahagian keuntungan untuk kegunaan agihan di hari kerugian, tidak terdapat sandaran dalam kontrak pelaburan Islam.¹⁵⁴

Isu ini tidak timbul kerana fiqh mu'āmalat adalah anjal dan boleh menerima pindaan-pindaan baru bersesuaian dengan keadaan dan keperluan zaman selagimana tidak bercanggah dengan prinsip asas pelaburan Islam.

- b) **Persetujuan pelabur:** Selain itu timbul juga pertikaian dari sudut pelaksanaan dan ketelusan khususnya dari sudut persetujuan pelabur telah diperolehi dan dimaklumkan sebelum pemotongan dibuat.

Isu tersebut adalah *valid* namun ia bukanlah suatu permasalahan pada konsep PER dan IRR itu sendiri, ia merupakan masalah pelaksanaan yang sentiasa memerlukan audit dari semasa ke semasa oleh pihak bertanggungjawab.

- c) **Menjadi pendapatan bank?:** Pertikaian seterusnya adalah terdapat Institusi Kewangan Islam yang menjadikan seolah nilai dan wang dari PER tersebut sebagai pendapatan bank. Ini dikatakan selaras dengan apa yang tercatat di dalam panduan BNM iaitu '*Profit Equalisation Reserves (PER) represent a portion of the bank's income, appropriated from the gross income and set aside for the purpose of Displaced Commercial Risk (DCR)*'¹⁵⁵

¹⁵⁶

¹⁵⁴ Masalah-Mafsadah Approach in Assessing the Shari'ah Compliance of Islamic Banking Products, Amir Shaharuddin, International Journal of Business and Social Science, Vol. 1 No. 1; October 2010, hlm 131 ; also available at http://www.financialislam.com/uploads/3/8/5/3/3853592/profit_distribution_method.pdf

¹⁵⁵ Capital Adequacy ratio, BNM Guidelines, boleh di rujuk di http://www.bnm.gov.my/guidelines/01_banking/01_capital_adequacy/06_psia.pdf

¹⁵⁶ *Displaced Commercial Risk* adalah refer to the risk arising from the assets managed on behalf of the investor which is effectively transferred to the Islamic banking institutions' own capital where the Islamic banking institutions forgo part or all of its portion of profits on PSIA, in order to increase the rate of return that would otherwise be payable to the investor. (Rujuk http://www.bnm.gov.my/guidelines/01_banking/01_capital_adequacy/06_psia.pdf)

Namun begitu, perlu difahami erti DCR yang membawa erti bahawa kegunaan bahagian yang diambil itu dikhususkan untuk kemasalahatan pelabur, sebagaimana disebutkan di dalam panduan yang sama iaitu:

*refer to the risk arising from the assets managed on behalf of the investor which is effectively transferred to the Islamic banking institutions' own capital where the Islamic banking institutions forgo part or all of its portion of profits on PSIA, in order to increase the rate of return that would otherwise be payable to the investor.*¹⁵⁷

Justeru, ia sepatutnya tidak menimbulkan isu kerana bahagian tersebut tetap dimanfaatkan oleh pelabur. Namun begitu, jika terdapat ketidaktelusan dan kesilapan dalam pelaksanaan, sekali lagi ia adalah pada pelaksanaan dan bukan pada konsep.

12.0 PENUTUP

Jelasnya, topik yang ingin diuraikan adalah begitu panjang dan merangkumi pelbagai sub topic yang sangat luas. Bagaimanapun penulis berharap beberapa isu utama di dalam bab pengukuhan kredit di dalam kontrak *mushārah* dan mudaraah telah dapat dijelaskan sebaiknya. Wallahualam.

Sekian.

Dr. Zaharuddin Abd Rahman

zaharuddin@yahoo.com

Dr. Aznan Hasan

aznanh@gmail.com

¹⁵⁷ Ibid. hlm 3